







































































































































































































































































































































































































































































































































وَإِنْ عَادَ مُسْلِمًا بَعْدَ الْحُكْمِ بِلِحَاقِهِ.. أَخَذَ مَا وَجَدَهُ بَاقِيًا فِي يَدِ وَارثِهِ.  
وَلَا يَنْقُضُ عِتْقُ مَدْبُورِهِ وَأُمِّ وَلَدِهِ.  
وَإِنْ عَادَ قَبْلَهُ.. فَكَأَنَّهُ لَمْ يَرْتَدَّ.

أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت فقط؛ على ما مرّ.

ثم في اشتراط قيام العدة: إشارة إلى أنها مدخول بها، فلا ترثه غير المدخول بها، وهذا؛ لأن بمجرد الردّة تبين غير المدخولة لا إلى عدة، فتصير أجنبية.

ثم المراد بالعدة ههنا: هي العدة للردة، وهي بالحيض لا بالأشهر؛ لأنها ليست بموت حقيقة، بل في حكم الموت؛ على ما في «فتح القدير»:

(وإن عاد) المرتد (مسلمًا بعد الحكم بلحاقه.. أخذ ما وجده باقياً في يد وارثه) نقداً أو عرضاً؛ لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه عنه بالموت المحكوم به حين دخل دار الحرب، وإذا عاد مسلماً.. فقد أحياه الله تعالى حياة جديدة فيقدم على الوارث؛ لاحتياجه إلى ماله.

بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه؛ فإنه لا سبيل له إلى ذلك؛ لأنه أزاله وقت كان له سبيل فيه من الإزالة فنفذت.

قال شمس الأئمة الحلواني: لو كانت هذه الحالة بعد موته حقيقة بأن أحياه الله تعالى بإعادة الروح إلى بدنه وأعادته إلى الدنيا.. كان الحكم فيه كذلك؛ أي يأخذ ما وجده في يد وارثه؛ لاحتياجه إليه؛ لكنه خلاف العادة.

(ولا ينقض عتق مدبّره وأم ولده)؛ لأن القضاء بعقوبتهم قد صحّ بدليل مصحّح له - وهو قضاء القاضي بلحاقه - عن ولاية، فلا ينقض بعد نفاذه؛ إذ العتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان، وولاؤهم لمولاهم أعني المرتد الذي عاد مسلماً؛ على ما في «فتح القدير».

(وإن عاد) مسلماً (قبله)؛ أي قبل الحكم بلحاقه (.. فكأنه لم يرتد)؛ لعدم تأكده بالقضاء، فأمتهات أولاده ومدبّروه: على حالهم لا يعتقدون بقضاء القاضي، وما كان

وَالْمَرْأَةُ لَا تُقْتَلُ بَلْ تَحْبَسُ حَتَّى تَتُوبَ، وَتُضْرَبَ كُلُّ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ.  
وَالْأُمَّةُ يُجْبَرُهَا مَوْلَاهَا.

عليه من الديون.. فهو إلى أجله كما كانت، وضمن الوارث ما أتلفه.

(والمرأة) المرتدة (لا تقتل) في ظاهر الرواية عندنا؛ لأن النبي ﷺ نهى عن قتل النساء، ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى الآخرة؛ إذ تعجيلها يخلّ بمعنى الابتلاء، وإنما عدل عن هذا الأصل دفعاً لشِرِّ ناجز وهو الحرب، ولا يتوجه ذلك من النساء؛ لعدم صلاحيته بنيتها، بخلاف الرجال، فصارت [١/٧١٨] المرتدة كالكافرة الأصلية.

(بل تحبس حتى تتوب)، فتطعم كل يوم لقمة وشربة، وتمنع من سائر المنافع؛ لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار به، فتجبر على إيفائه بالحبس؛ كما في حقوق العباد.

(وتضرب) كل يوم مبالغة في الحمل على الإسلام، وقيل: في (كل ثلاثة أيام).  
(والأمة يجبرها مولاها)؛ أما الجبر.. فلما ذكرناه، وأما المولى.. فلما فيه من الجمع بين الحقين: الجبر والاستخدام.

وقيل: هذا فيما إذا احتاج المولى إلى خدمتها، وإلا.. فيجبرها القاضي.  
والصحيح: أنها تدفع إلى المولى؛ احتاج أو استغنى، وهو رواية «الجامع الصغير»، وصححه فخر الإسلام.

وهل تسترق الحرة المرتدة، قالوا: لا تسترق ما دامت في دار الإسلام؛ فإن لحقت بدار الحرب.. فحينئذ تسترق إذا سييت.

وعن أبي حنيفة في «النوادر»: تسترق في دار الإسلام أيضاً.

قيل: ولو أفتى بهذه الرواية.. لا بأس به فيمن كانت ذات زوج؛ قطعاً لسوء قصدتها بالردة من إثبات الفرقة، وينبغي أن يشتريها الزوج من الإمام، ويهبها الإمام له إذا كان مصرفاً؛ لأنها صارت بالردة فيئاً للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها،

وَيَنْفَذُ جَمِيعُ تَصَرُّفِهَا فِي مَالِهَا وَجَمِيعُ كَسْبِهَا لَوَارِثِهَا الْمُسْلِمِ إِذَا مَاتَتْ.  
وِيرِثُهَا زَوْجُهَا إِنْ ارْتَدَّتْ مَرِيضَةً، لَا إِنْ ارْتَدَّتْ صَحِيحَةً.

وينفسخ النكاح بالردة، وحيثنذا يتولى هو حبسها وحربها على الإسلام، فيرتد ضرر قصدها عليها.

وقد أفتى الدبوسي والصفار وبعض أهل سمرقند: بعدم وقوع الفرقة بردتها ردّاً عليها. وغيرهم مشوا على الظاهر، ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج، وتضرب خمسة وسبعين سوطاً، واختاره «قاضي خان» للفتوى.

(وينفذ جميع تصرفها) من البيع والشراء والهبة وغيرها؛ فإن أسلمت في دارنا.. فيها، وإن ماتت أو دخلت دار الحرب.. فتصرفها باطل عنده، صحيح عندهما.

(في مالها) لوجود المقتضي - أعني الأهلية والملك - وارتفاع المانع؛ أعني الكون حرباً لنا.

(وجميع كسبها) في الإسلام والردة (لوارثها المسلم إذا ماتت)؛ لما ذكرناه.  
(ویرثها زوجها) المسلم (إن ارتدت مريضة) فماتت من ذلك المرض، أو لحقت بدار الحرب.

والقياس: أن لا يرثها؛ لأن فرار الزوج إنما كان يتحقق إذا مات وهي في العدة، ولا عدة ههنا على الرجل، فينبغي أن لا يرثها الزوج؛ على ما في «العناية».  
ووجه الاستحسان: أنها قصدت إبطال حق الزوج في الميراث بعدما تعلّق حقه بمالها بسبب مرضها فيرثها.

(لا إن ارتدت [٧١٨/ب] صحيحة)؛ فإنها بهذه الردة لم تبطل له حقاً متعلقاً بمالها، بخلاف المرتد؛ فإنه يقتله فيتعلّق بماله حقها برّدته، فيكون فازاً في ردّته حالة الضّحة فترثه زوجته المسلمة؛ على ما مرّ:

وَقَاتِلْهَا يُعَزَّرُ فَقَطْ.

وَسَائِرُ أَحْكَامِهَا: كَالرَّجُلِ؛ فَإِنْ وَلَدَتْ أُمَّتُهُ فَادَّعَاهُ.. ثَبَتَ نَسَبُهُ وَأُمُومِيَّتُهَا  
وَالْوَلَدُ حُرٌّ يَرِثُهُ مُطْلَقاً إِنْ كَانَتْ مُسْلِمَةً.

وَكَذَا إِنْ كَانَتْ نَصْرَانِيَّةً، إِلَّا إِنْ وَلَدَتْهُ لَأَكْثَرِ مِنْ نَصْفِ حَوْلٍ مُنْذُ ارْتَدَّتْ.

(وقاتلها) أي قاتل المرتدة (.. يعزَّر فقط)؛ أي لا يضمن؛ لوجود المبيع وهو الكفر،  
وللعمل بإطلاق النص، لكنه يعزَّر إن كانت في دار الإسلام؛ لافتيائه على الإمام.

(وسائر أحكامها كالرجل) المرتد؛ فإذا لحقت بدار الحرب.. بطل تصرّفها في  
مالها، ولا عدة لها كالموتى، فلزوجها أن يتزوج أختها وأربعاً سواها من ساعته؛ كما  
في صورة الموت الحقيقي.

وإن عادت مسلمة أو سييت: لم ينقض نكاح الأخت والأربع؛ لأن نكاحها لا  
يعود، ولها أن تتزوج من ساعتها؛ لعدم العدة عليها.

ولو ولدت في دار الحرب لأقل من ستة أشهر من وقت الردة.. ثبت نسبه من  
الزوج، وإن كان لأكثر.. لا يثبت، ويسترق الولد تبعاً لها، وكذا يجبر على الإسلام.

(فإن ولدت أمتها) أي إذا وطئ المرتد جاريته التي كانت له في حال إسلامه؛  
نصرانيّة كانت أو يهوديّة أو مسلمة فولدت منه لسته أشهر وأكثر، ولو إلى عشر سنين  
منذ ارتد (فادّعاه)؛ أي ادعى المرتد الولد (.. ثبت نسبه) منه (وأُموميّتها)؛ لأن  
الاستيلاد لا يفتقر إلى حقيقة الملك، حتى صحّ استيلاد الأب جارية الابن، والعبد  
المأذون جاريته من تجارته؛ على ما ذكره أبو الليث في شرح «الجامع الصغير»:

(والولد حر)؛ لثبوت نسبه من أبيه، (يرثه) أي يرث الولد أباه المرتد (مطلقاً)؛ أي  
سواء كان بين الارتداد والولادة ستة أشهر أو أكثر أو أقل؛ (إن كانت مسلمة)؛ لأن الولد  
حينئذ يتبع أمه لكونها خيراً في الدين، فيكون مسلماً، والمسلم يرث المرتد.

(وكذا)؛ أي يرث الولد أباه المرتد (إن كانت) الأم (نصرانيّة) أو يهوديّة، (إلا إن  
ولدت لأكثر من نصف حول منذ ارتد).

وَإِنْ لَحِقَ بِمَالِهِ فَظَهَرَ عَلَيْهِ.. فَهُوَ فِيءٌ.

فَإِنْ لَحِقَ ثُمَّ رَجَعَ فَذَهَبَ بِهِ فَظَهَرَ عَلَيْهِ.. فَهُوَ لَوَارِثُهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ.

وكذا إذا ولدته في نصف السنة؛ لأن الولد حيثئذ يتبع أباه؛ لكونه أقرب إلى الإسلام من أمه النصرانية واليهودية؛ للزوم الجبر عليه لا عليها، فلا يكون الولد مسلماً حكماً، بل يكون مرتداً حكماً؛ لأن العلق لم يتيقن قبل الردة حتى يجعل الولد مسلماً بإسلام أبيه قبل الردة.

بخلاف ما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر؛ فإنه يتيقن علق الولد قبل الردة، فيكون مسلماً فيرث من أبيه المرتد.

فإذا كان مرتداً تبعاً لأبيه.. لا يرثه؛ لأن المرتد لا يرث [١/٧١٩] المرتد.

فإن قيل: إنه لم يجعل تبعاً للدار فيرث من أبيه المرتد.

أجيب: بأنه إنما يجعل تبعاً للدار إذا لم يكن معه أحد أبويه بأن سبي وليس معه أحد أبويه، أو يلتقط في دار الإسلام.

فإن قيل: هذا منقوض بما إذا ارتد الأبوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردتهما؛ فإنه يبقى مسلماً مع وجود أبويه.

أجيب: بأن الحكم بإسلامه في هذه الصورة ليس لتبعية الدار، بل لأنه كان حين ولد مسلماً فيبقى على ما كان، بخلاف مسألة الكتاب؛ لأنه لم يسبق للولد حكم الإسلام؛ إذ لم يوجد في زمن إسلامهما.

(وإن لحق) المرتد بدار الحرب (بماله فظهر عليه.. فهو)؛ أي المال (فيء) فيوضع لبيت المال للمسلمين؛ لأنه مال لم يجر فيه الإرث، فيكون مال الحربى، فيكون فيئاً لا محالة، وأما نفسه.. فلا يكون فيئاً؛ لأن المرتد لا يسترَق، بل يقتل أو أسلم:

(فإن لحق، ثم رجع مرتداً) إلى دار الإسلام (فذهب به)؛ أي بماله إلى دار الحرب ثانياً (فظهر عليه) ثانياً (.. فهو)؛ أي المال الذي لحق به ثانياً (لوارثه)؛ لأنه مال انتقل إلى الوارث حين لحق أولاً وقضى به القاضي، فيكون ملكاً للوارث قديماً (قبل القسمة).

وَإِنْ لِحَقِّ فَقَضَى بِعَبْدِهِ لِابْنِهِ، فَكَاتَبَهُ الْإِبْنُ، فَجَاءَ الْمُرْتَدُّ مُسْلِمًا.. فَبَدَلَ الْكِتَابَةَ وَالْوَلَاءَ لَهُ.

وَمَنْ قَتَلَهُ مُرْتَدُّ خَطَأً فَقُتِلَ عَلَى رَدَّتِهِ أَوْ لِحَقِّ.. فَدَيْتُهُ فِي كَسْبِ إِسْلَامِهِ.  
وَقَالَا: فِي كَسْبِهِ مُطْلَقًا.

وأما بعدها؛ فإن شاء.. أخذه الوارث بقيمته.

وإن لم يقض القاضي بلحاظه والمسألة بحالها: ففي ظاهر الرواية: يرد على الورثة أيضاً؛ لأنه متى لحق بدار الحرب.. فالظاهر: أنه لا يعود، فكان ميتاً ظاهراً.  
وفي بعض روايات «السير»: يكون فيئاً لا حَقَّ لورثته فيه؛ لأن الحق لا يثبت لهم إلا بالقضاء.

(وإن لحق فقضى) القاضي (بعبده لابنه، فكاتبه الابن، فجاء المرتد مسلماً.. فبدل الكتابة والولاء له) أي للأب المسلم بعد الرد؛ لأنه لا وجه لإبطال الكتابة لنفوذها بالقضاء، فجعلنا الوارث كالوكيل من جهته، وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل، والولاء لمن يقع العتق عنه، فصار كالمكاتب إذا كاتب عبده، ثم عجز وفسخت الكتابة الأولى.. تبقى الثانية على حالها، ويكون بدل الكتابة وولاؤه لمولاه.

هذا فيما إذا جاء المرتد مسلماً قبل أداء بدل الكتابة.

بخلاف ما إذا جاء مسلماً بعد أداء الكتابة إلى الابن؛ فإنه عتق على الابن، والولاء له؛ فإن الملك الذي كان للأب غير قائم بعد الأداء.

(ومن قتل مرتد خطأ فقتل على رده أو لحق) بدار الحرب (.. فديته في كسب إسلامه) عند أبي حنيفة، (وقالا: في كسبه مطلقاً).

أما كون [٧١٩/ب] الدية في ماله: فلأن العاقل لا تعقل المرتد؛ لأن تحملهم العقل باعتبار نصرتهم إياه التي يقوى بها على الجرأة، ولا نصرة منهم للمرتد.

وأما أنه عند أبي حنيفة في كسب الإسلام فقط: فإنه لا يملك غيره عنده،



وَمَنْ قُطِعَتْ يَدُهُ عَمْدًا فَارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ وَمَاتَ مِنْهُ، أَوْ لَحِقَ ثُمَّ جَاءَ مُسْلِمًا وَمَاتَ مِنْهُ.. فَنُصِفُ دِيَّتَهُ لَوَرَّثَتْهُ فِي مَالِ الْقَاطِعِ.

وعندهما: يملك الكلّ، فيكون ما لزمه من الكلّ عندهما.

وعلى هذا: إذا غضب مالا فأفسده.. يجب ضمانه في كسب إسلامه عنده فقط،  
وعندهما: في الكلّ.

وعلى هذا: لو لم يكن له كسب في الإسلام واكتسب في الردة.. تهدر الجناية  
عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

(ومن قطعت يده عمداً فارتدّ والعياذ بالله ومات منه)؛ أي على رّدته من ذلك  
القطع (أو لحق، ثم جاء مسلماً ومات منه)؛ أي من ذلك القطع (.. فنصف ديته  
لورثته في مال القاطع):

أما الأول: وهو وجوب نصف الدية فيما إذا مات.. فلأن القطع وإن وقع على  
محلّ معصوم، لكن السراية التي بها القطع قتلاً: حلت المحل بعد زوال عصمته  
فأهدرت؛ إذ لو لم تهدر.. لوجب القصاص في النفس في العمد، وتام الدية في  
الخطأ، لكنه لم يجب؛ فإذا أهدرت السراية.. وجبت دية اليد؛ لأن هذا القدر وقع  
ضمن العصمة، وأقلّ ما فيه: دية اليد.

بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد، ثم أسلم فمات من ذلك القطع.. فإنه لا يجب  
الضمان أصلاً؛ لأن القطع وقع في وقت لا قيمة لها فيه وهو وقت الردة، فكانت  
هدراً، والمهدر لا يلحقه الاعتبار، وأما المعتبر اعتباراً: فقد يلحقه الإهدار بالإبراء،  
فكذا بالردة.

وأما الثاني: وهو وجوب نصف الدية إذا قضى بلحقه، والموت بقطع السراية،  
وإسلامه حياةً حادثه في التقدير.. فلا يعود حكم الجناية الأولى على أنها قتل؛ لأنه  
ما ثبت سراية بعد انقطاع حكم القطع، فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع  
في حالة العصمة؛ من حيث هو قطع لا قصاص فيه، وفي ذلك: نصف دية النفس،  
فوجب للورثة.

وَإِنْ أَسْلَمَ بِدُونِ لِحَاقٍ فَمَاتَ.. فَمَتَامُ الدِّيَةِ.  
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: نَصْفُهَا.

هذا فيما إذا قضى بلحاقه:

وأما إذا لم يقض بلحاقه حتى عاد مسلماً، ثم مات من القطع.. فهو بمنزلة موته قبل أن يلحق بدار الحرب، وفيه خلاف محمد، وهو ما ذكره بقوله: (وإن أسلم بدون لحاق فمات) بعد عوده مسلماً؛ يعني إذا ارتد ثم أسلم فمات من ذلك القطع بلا تخلل لحاق (.. فتمام الدية) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، (وعند محمد: نصفها)؛ وهو قول زفر أيضاً، يعني في الصور [١/٧٢٠] الأربع، وهي:

ما إذا قطعت يده مسلماً فارتد ومات على رذته من القطع.

أو ارتد ثم أسلم بلا لحاق.

أو ارتد ولحق بعد القضاء.

أو قبله، ثم عاد فأسلم.. ففي كلها نصف الدية عند محمد وزفر.

ووجهه: أن اعتراض الردة أهدر السراية، حتى لو قتله قاتل.. لا شيء عليه؛ فإذا أسلم بعد ذلك.. لا ينقلب بالإسلام إلى الضمان من غير سبب جديد، وصار كما لو قطعت يد مرتد أو حربي فأسلم.. لا يجب على القاطع شيء:

ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم؛ لأنه مسلم في الحالين فيجب ضمان النفس؛ كما إذا لم تتخلل الردة، وهذا لأن تخللها كائن في حال البقاء فقط، فإنما يوجب سقوط العصمة في حال البقاء، وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص في النفس، فيبقى ضمانها بالدية.

لأن سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية إلا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء في إيجابها، والواقع: أنه لا معتبر ببقائها في ذلك، وإنما المعتبر قيامها في حال ابتداء الجناية لانعقاده سبباً، وفي حال الموت ليثبت الحكم وهو الضمان، وحالة البقاء بمعزل؛ إذ ليست حال انعقاد سبب الضمان، ولا

مَكَاتِبُ ارْتَدَّ فَلَحَقَ فَأَخِذَ بِمَالِهِ وَقُتِلَ.. فَبَدَلَ الْكِتَابَةِ لِمَوْلَاهُ، وَالْبَاقِي لَوَرَثَتِهِ.

حال ثبوت حكمه، فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين: لا عبرة به، بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم، وهو حال وجود الشرط الحقيقي؛ كما إذا قال لزوجته: «إن دخلت فأنت طالق»، ثم أبانها، ثم تزوجها فدخلت.. طلقت، وكذا إذا قال لعبده: «إن فعلت كذا فأنت حر» فباعه، ثم اشتراه ففعل.. عتق.

أما لو عدم الملك عند اليمين أو عند الحنث.. لم يقع الطلاق والعتق.

فإن قيل: هذا منقوض بعبد قطعت يده، ثم باعه المولى، ثم اشتراه أو تفاسخا البيع، ثم مات العبد.. فإنه لم يجب إلا دية اليد لاتمام الدية.

قلنا: إن الردة ليست بإبراء، ولا مستلزمة له؛ لأنها وضعت لتبديل الدين، ويصح من غير إبراء بأن لم يكن ثمة جناية عليه إلا أنه إذا مات على ذلك.. لم يجب الضمان؛ لهدر دمه بالردة.

بخلاف بيع العبد المجني عليه: فإن البيع وضع لقطع ملكه والضمان ملكه؛ فإذا قطع الأصل قصداً.. فقد قطع البدل أيضاً، فصار كالإبراء.

هذا إذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد:

فلو كان القاطع هو الذي ارتد.. ففي «المبسوط»: «فإن قتل أو مات المقطوع يده من القطع مسلماً؛ فإن كان [٧٢٠/ب] عمداً.. فلا شيء له؛ لأن الواجب القصاص، وقد فات محلّه حين قتل على رده أو مات، وإن كان خطأ.. فعلى عاقلة القاطع دية النفس؛ لأنه عند إيجابه كان حيّاً، وجناية المسلم خطأ على عاقلته، وتبين بالسراية: أنّ جنايته كانت قتلاً، فكانت على عاقلته.

ولو كانت الجناية منه حال الردة.. كانت الدية في الخطأ في ماله؛ لأن المرتد لا يعقل جنايته أحد؛ كذا في «فتح القدير».

(مكاتب ارتد فلحق) بدار الحرب (فأخذ بماله) الذي اكتسبه (وقتل) على رده (.. فبدل الكتابة لمولاه) من كسبه، (والباقي لورثته)؛ أي بالاتفاق.

زوجان ارتدَّا فَلَاحِقًا، فَوَلَدَتِ الْمَرْأَةُ .....

أما عندهما: فلأن كسب الردة ملكه إذا كان حراً، فكذا إذا كان مكاتباً؛ إذ الكتابة لا تبطل بالموت.. فبالردة أولى؛ فإذا كان مَلُكُهُ.. قضيت منه مكاتبته.

وأما عند أبي حنيفة: فلأن المكاتب يملك أكسابه بعقد الكتابة، وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة؛ لأنه لا يتوقف بحقيقة الموت، فكذا باللاحق الذي هو شبهة الموت، وإذا لم يتوقف العقد.. لم تتوقف الأكساب الحاصلة بسببه، ألا ترى أن المكاتب لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق، فكذا بالردة التي هي أدنى من الرق المانعية من التصرف، حتى لا يصح استيلاده بطريق الأولى، فصار المكاتب في دار الحرب ككونه في دار الإسلام.

فإن قيل: لا يلزم من عدم منع رق المكاتب عن التصرف عدم منع رَدِّته عنه؛ كجواز أن يكون ممنوعاً عنه عند اجتماع الأمرين، بل الأمور وهي الرق والردة والكتابة.

أجيب: بأنَّ الهيئة الاجتماعية: إنما يكون لها زيادة تأثير إذا أمكن أن يحصل من تركيبها أمر خارجي، أو اعتباري حقيقي، لا فَرَضِيٍّ محض، ولا يمكن ذلك من الرق والردة.

توضيحه: أن عقد الكتابة يجوز للتصرف، وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده، وقد ثبت شرعاً ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى أحدهما، وانضمام أحدهما إلى الآخر من قبيل انضمام علة إلى أخرى فيما يعلَّل بعِلَّتَيْنِ مستقلتين، ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة؛ على ما عرف في الأصول، بل الترجيح بوصف في العلة.

(زوجان ارتدَّا فَلَاحِقًا فولدت المرأة) في دار الحرب؛ سواء كان الحمل في دار الحرب أو في دار الإسلام؛ فإن مدار جبر الولد على الإسلام: كون الولادة في دار الحرب، لا كون الحمل فيها؛ على ما صرح به [٧٢١/أ] في «فتح القدير».

ثُمَّ وَلِدَ لِلْوَلَدِ، فَظَهَرَ عَلَيْهِمْ.. فالولدانِ فِيَّ، وَيَجْبِرُ الْوَلَدُ عَلَى الْإِسْلَامِ، لَا وَلَدُهُ.

(ثم ولد للولد فظهر عليهم.. فالولدان فيء)؛ لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها، (ويجبر الولد) الأول (على الإسلام)؛ لأنه يتبع أبويه أو أحدهما في الدين، فيكون مسلماً بإسلامهما ومرتداً بارتدادهما، فلما كان مرتداً بردتها.. أجبر كما يجبران، لكن لا يقتل كولد المسلم إذا بلغ؛ فإنه يجبر عليه، ولا يقتل.

(لا ولده) أي لا يجبر ولد الولد على الإسلام في ظاهر الرواية؛ لأنه لو كان مسلماً تبعاً لجده.. كان تبعاً لجده.. فحيث يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه السلام، ولو كان تبعاً لأبيه وهو تبع.. لكان التبعية مستتبعة لغيره، وهو قلب الأصل؛ سيما أن أصل التبعية ثابتة على خلاف القياس؛ لأن الأب لم يرد حقيقة، ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل، وإذا لم يجبر على الإسلام تبعاً لجده.. يسترق أو توضع عليه الجزية أو يقتل؛ لأن حكمه حيثنذ كسائر أهل الحرب.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: إن ولد الولد يجبر على الإسلام تبعاً لجده، فجعل مرتداً تبعاً له؛ لأن التبعية في حق الأب للتفرع، والتفرع ثابت في حق الجد، ولهذا كان بمنزلة الأب في النكاح وبيع مال الصغير.

واعلم: أن الجد ليس كالأب في ظاهر الرواية في أربعة مسائل:

أحدها: أن الولد لا يكون مسلماً بتبعية جده أيضاً، وهي مسألة الكتاب:

وثانيها: صدقة الفطر للولد الصغير إذا كان جده موسراً، ولا أب له، أوله أب معسر أو عبد.. لا يجب على الجد في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن: يجب عليه. وثالثها: جزّ الولاء؛ صورتها: معتقة تزوجت بعبد وله أب عبد فولدت منه.. فالولد حر تبعاً لأمه، وولاءه لمولى أمه؛ فإذا عتق جده.. لا يجزّ ولاء حافده إلى مواليه عن موالى أمه في ظاهر الرواية.

وفي رواية الحسن: يجره كما لو أعتق أبوه.

ورابعها: الوصية للقربة، لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية.  
وفي رواية الحسن: لا يدخل كالأب؛ كذا ذكروها.

وزاد في «البحر» ست مسائل، الجد فيها ليس كالأب في ظاهر الرواية:  
ردّ الأم إلى ثلث ما بقي.

وحجب أم الأب والإخوة لا يسقط بالجد عندهما، ويسقط بالأب اتفاقاً.  
والرابعة: ابن المعتق يحجب الجد عن ميراث المعتق اتفاقاً، ولا يحجب الأب  
عند أبي يوسف.. فله السدس، والباقي للابن؛ [٧٢١/ب] ذكر هذه الأربعة الأكمل في  
شرح «السراجية».

والخامس: الأم تشارك الجدّ في نفقة الصّغير أثلاثاً، بخلاف الأب.

السادس: لا تفرض النفقة على الجدّ المعسر، بخلاف الأب.

وزاد في «شرح منظومة ابن وهبان»: مسألتان ليس الجدّ فيهما كالأب:

أحدهما: رجل مات وترك أولاداً صغاراً وأباً ولم يوص.. يملك الأب ما يملك  
الوصي؛ فإن كان الميت أوصى بشيء.. فللأب أن ينفذ الوصية، وإن كان في التركة  
دين فباع الأب العقار أو العروض لقضاء الدين وتنفيذ الوصايا.. جاز، وليس للجد  
ذلك؛ ذكره الخصاص ولم يذكره محمد في «المبسوط»، ويقول الخصاص يفتى.

وثانيهما: أنه قال في «الظهيرية»: إن ولاية التزويج على قول أبي يوسف تكون  
للجد والأخ، وعلى قول أبي حنيفة: الجدّ أولى بولاية التزويج من الأخ، ولو كان  
مكان الجد أب.. سقطت ولاية الأخ اتفاقاً، فصار اثني عشر مسألة يخالف الجد فيها  
الأب.

وهذا إذا ولد لهما ولد بعد لحاقهما؛ أما إذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير، ثم  
ظهر عليهم.. فالولد فيء؛ لأن الولد الصغير صار مرتدّاً تبعاً للأبوين، وولد المرتد  
يصير فيئاً بالسبي؛ كذا قالوا.

وِإِسْلَامُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ: صَحِيحٌ.  
وَكَذَا ارْتِدَاؤُهُ، خِلَافاً لِأَبِي يُوسُفَ.

واعترض عليه في «فتح القدير»: بأنه لو صح.. لزم أنهما لو لم يلحقا بدار الحرب يكون الولد مرتداً تبعاً لهما، وليس كذلك، بل ثبت له حكم الإسلام فيبقى عليه إلا بمزيل.

والأحسن: ما في «المبسوط»: من أنه خرج عن كونه مسلماً باللاحاق بدار الحرب؛ فإن ثبوت حكم الإسلام للصغير: باعتبار تبعية الأبوين أو الدار، وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به، فكان الولد فيئاً يجبر على الإسلام إذا بلغ كما تجبر الأم عليه.

فإن الأب ذهب به وحده والأم مسلمة في دار الإسلام.. لم يكن الولد فيئاً؛ لأنه بقي مسلماً تبعاً لأمه.

فإن قيل: كيف يتبعها بعد تباين الدارين؟

قلنا: تباين الدارين يمنع الاتباع في الإسلام ابتداء لا في إبقاء ما كان ثابتاً ألا ترى أن الحربي لو أسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج إلى دارنا.. بقي الولد مسلماً، حتى لو ظهر عليه لا يكون فيئاً.

بخلاف ما لو أسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب.

(وإسلام الصبي العاقل) والصبية العاقلة، وكذا المراهق والمراهقة (.. صحيح) باتفاق الثلاثة.

(وكذا ارتداده، خلافاً لأبي يوسف) كان أولاً يقول: ارتداده صحيح مثل [٧٢٢/١] إسلامه، ثم رجع وقال: إنه ليس بارتداد.

فعلى صحة إسلامه: لا يرث أبويه الكافرين، ويرث أقاربه المسلمين، ولا يصح نكاح المشركة له، وتحل المؤمنة له، وتبطل مائتة الخمرة والخنزير.

وعلى صحة ردته: لو مات له قريب مسلم بعد ردته.. لا يورث منه.

وقال زفر والشافعي: إسلامه ليس بإسلام، وردّته ليس بارتداد.

ولهما في عدم صحة إسلامه: أنه تبع لأبويه فيه، فلا يجعل أصلاً؛ لتناف بين الصفة الأصليّة والتّبعيّة؛ لأن الأولى: سمة القدرة، والثانية: سمة العجز، ثم إسلامه يصحّ تبعاً لأبويه، فلا يجعل أصلاً مستقلاً به، ولأنّه يلزمه أحكاماً تشوبها المضرة؛ من حرمان الإرث، والفرقة بينه وبين زوجته المشركة، فلا يؤهل له كالطلاق والعناق.

ولنا في صحة إسلامه: أنّ عليّاً رضي الله عنه أسلم في صباه وصحّ النبي ﷺ إسلامه وافتخر به وهو مشهور، ولأنّه أتى بحقيقة الإسلام، وهو التصديق والإقرار معه، والإقرار عن طوع: دليل على الاعتقاد الباطني، وإذا كان قد أتى به.. فقد دخلت حقيقة الإيمان قائمة به في الوجود، والحقائق لا ترد بعد الوجود، فلهذا صحّت ردّته أيضاً:

فإن قيل: الإيمان الذي ينفيه الخصم منه، هو الإيمان المعتبر، وما دخل تحت الوجود لا ينفيه الخصم، بل يقول: إنه لا يعتبر شرعاً.

أجيب: بأنّ دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة:

إما لعدم أهلية الضّحة، وهو متنفّ؛ لأن الصبي جعل أهلاً للنّبوّة؛ كما في يحيى عليه السلام وهي فرع الإيمان، وللاتفاق على أهليّته للصلاة والصوم، حتى يصحّان منه ويثاب عليهما.

ولما لعدم أهلية الوجوب فيلتزمه، والكلام ليس فيه.

ولما لحاجز شرعي وهو متنفّ، ولا يليق أن يثبت شرعاً منع عن الإيمان بالله تعالى مع عقليته ومعرفته.

فإذا صحّ إيمانه.



فهل يجب عليه بعد البلوغ تصديق وإقرار جديد، أو يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والإقرار؟

ففي «فتح القدير»: أن مقتضى الدليل: أن يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد إلى تصديق وإقرار يسقطه به، ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والإقرار غير المنوي به إسقاط الفرض؛ كما أنه لو كان يواظب الصلاة قبل بلوغه.. لا يكون كما كان يفعل، بل لا يكفيه بعد بلوغه منها: إلا ما قرنه بنية أداء الواجب امثالاً.

لكنهم اتفقوا: على أنه لا يجب، بل يقع فرضاً [٧٢٢/ب] قبل البلوغ.

أما عند فخر الإسلام؛ فلائنه يثبت أصل الوجوب به على الصبي بالسبب، وهو حدوث العالم وعقلية دلالة، دون وجوب الأداء؛ لأنه بالخطاب، وهو غير مخاطب؛ فإذا وجد بعد السبب.. وقع الفرض؛ كتعجيل الزكاة.

وأما عند شمس الأئمة: فلا وجوب أصلاً؛ لعدم حكمه وهو وجوب الأداء؛ فإذا وجد.. وجد، فصار كالمسافر يصلي الجمعة: يسقط فرضه وليست الجمعة فرضاً عليه، لكن ذلك للترفيه عليه بعد سببها؛ فإذا فعل.. تم.

والجواب عما ذكرهما من التنافي بين الأصلية والتبعية: منع لزوم التنافي مستنداً بأنه إنما يلزم أن لو قلنا باجتماع كونه تبعاً وأصلاً معاً، ولسنا نقول به، بل هو تبع ما لم يعقل ويقر مختاراً؛ فإذا عقل وأقر مختاراً.. فنقول: انقطعت تبعيته في حق هذا الحكم وبقي أصلاً.

وأجاب في «المبسوط»: بمنع التنافي بينهما وجواز اجتماعهما؛ كالمرأة تسافر مع الزوج فإنها تكون مسافرة تبعاً للزوج، حتى إذا لم تنو السفر.. تكون مسافرة، ولو نوته.. صارت مسافرة مقصوداً وتبعاً فاجتمعت الأصلية والتبعية، وجعل أحدهما يتأيد بالآخر، فكذا ما نحن فيه.

وأما الجواب عن قولهما: «يشوبه»: فلأن ما يتعلق به السعادة الأبدية وتزول به المضرة السرمدية لا يبالي معه بذلك الضرر كل عاقل.

ولهما في الردة أنها مضرة محضة.. فلا تصح منه، بخلاف الإسلام؛ فإنه تَعَلَّقَ به أعلى المنافع، ويندفع به أعظم المضار.. فيصح منه، وهذا وجه أبي يوسف أيضاً في الردة.

ولأبي حنيفة ومحمد فيها: ما مر من أنها موجودة حقيقة؛ لوجود حقيقتها من الإنكار، ولا مرد للحقيقة بعد وجودها.

فإن قيل: إن ما مر: في الإسلام، ولا يلزم من اعتبار الحقيقة في الإسلام، وعدم ردها فيه: اعتبارها وعدم ردها في الردة؛ لما في الإسلام من النفع، وفي الردة من الضرر، ألا ترى أنه يصح من الصبي قبول الهبة؛ لما فيه من النفع، ولا يصح منه الهبة؛ لما فيه من الضرر؟

أجيب: بأن الحقائق الداخلة تحت الوجود على نوعين:

أحدهما: ما يقطع فيها بالعلم أو بالجهل، فلا يمكن عدم اعتبارها بعد القطع بها.

وثانيها: ما لا يقطع فيها بالعلم ولا بالجهل، والإيمان والردة من قبيل النوع الأول؛ فإنه لا يمكن أن يجعل عارفاً إذا علم جهله بالكفر، ولا جاهلاً إذا علم علمه بالإيمان، فلا بد من اعتبارها بعد وجودها؛ فصار كما إذا صام بنيته [٧٢٣]: يجعل صائماً شرعاً، فلو أكل.. يجعل مفطراً قطعاً ولا يجعل صائماً، والهبة من قبيل الثاني، فإنها دائرة بين العلم بالمصلحة فيها وبين الجهل بها؛ لأننا لم نتيقن بعلمه بالمصلحة فيها في نفس الأمر، فلا يجوز من الصبي، بخلاف قبول الهبة؛ فإننا علمنا بالمصلحة فيها، فلا نجعله جاهلاً بها.

وَيُجْبَرُ عَلَى الْإِسْلَامِ، وَلَا يُقْتَلُ إِنْ أَبَى.

(ويجبر) أي الصبي العاقل، وكذا الصبية والمراهق والمراهقة (على الإسلام)؛ لما فيه من النفع المتيقن، ودفع أعظم المضار، (ولا يقتل إن أبى)؛ لأن القتل عقوبة، والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم، ولأن اختلاف العلماء في صحة إسلامه شبهة تسقط بها عقوبة القتل.

واعلم: أن المرتد لا يقتل في مواضع:

أحدها: الذي كان سبب إسلامه تبعاً لأبويه، إذا بلغ مرتداً.. لا يقتل استحساناً؛ لأن إسلامه لما كان تبعاً لغيره.. صار شبهة في إسقاط القتل عنه، وفي القياس: يقتل به، وبه قال مالك وأحمد.

وثانيها: إذا أسلم في صغره، ثم بلغ مرتداً.. لم يقتل؛ لقيام شبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلام الصبي.

وثالثها: المكره على الإسلام إذا ارتد.. لا يقتل استحساناً؛ لقيام شبهة أيضاً في إسلامه بسبب الكره، ولكنه يجبر على الإسلام؛ على ما في «قاضي خان»:

ورابعها: اللقيط في دار الإسلام محكوم بإسلامه، ولو بلغ كافراً.. أجبر على الإسلام، ولا يقتل.

وخامسها: إذا ارتد في صغره.. يجبر على الإسلام ولا يقتل؛ لقيام شبهة أيضاً، وهو مسألة الكتاب.

وسادسها: أن السكران إذا أسلم حال السكر، ثم ارتد.. لا يقتل، ذكره في «البحر».

وسابعها: إذا شهد العدول على ردة مسلم وهو منكر لردته؛ فإنه تثبت رده بشهادة العدول، ولا يقتل؛ لأن إنكاره توبة ورجوع، ذكره في «سير الأشباه» نقلاً عن «فتح القدير».

قيد الصبي بالعقل؛ لأن ارتداد الصبي الغير عاقل.. لا يصح بالاتفاق، وكذا لا يصح إسلامه.

وكذا المجنون لا يصح إسلامه ولا ارتداده بالإجماع.

والسكران الذي لا يعقل: كالمجنون عندنا، وهو قول مالك وأحمد، وكذا الشافعي في قول، وقال في قول آخر: يصح ارتداده كطلاقه.

قلنا: إن الردة تبتنى على تبدل الاعتقاد، ونعلم أن السكران غير معتقد لما قال، وإنما وقع طلاقه؛ لأنه لا يفتقر إلى القصد.

\* \* \*

## (بَابُ الْبَغَاةِ)

## (بَابُ الْبَغَاةِ)

جمع باغ؛ مثل قضاة وقاض، والبغي في اللغة: الطلب، ثم اشتهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم.

والبغي في [٧٢٣/ب] عرف الفقهاء: الخارج على إمام الحق. والخارجون عن طاعته أربعة أصناف:

أحدها: الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة، يأخذون أموال المسلمين، ويقتلونهم، ويخيفون الطريق، وهم: قطاع الطريق، وقد تقدم حكمه.

والثاني: قوم كذلك، إلا أنهم لا منعة لهم، لكن لهم تأويل.. فحكمهم حكم قطاع الطريق: إن قُتلوا.. قُتلوا وضُلبوا، وإن أخذوا.. قُطعت أيديهم؛ على ما عرف في قطاع الطريق.

والثالث: قوم لهم منعة وحمية خرجوا عليه بتأويل، يرون أن الإمام على باطل كفرأ ومعصية يوجب قتالاً بتأويلهم، وهؤلاء يُسَمُّون بالخوارج، يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون أصحاب رسول الله ﷺ.. وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور أهل الحديث: حكم البغاة.

وعند مالك: يستأبون؛ فإن تابوا.. فيها، وإلا.. قتلوا؛ دفعاً لفسادهم لا لكفرهم.

وذهب بعض أهل الحديث: إلى أنهم مرتدون، لهم حكم المرتدين.

قال ابن المنذر: لا أعلم أحداً وافق أهل الحديث على تكفيرهم.

وذكر في «المحيط»: أن بعض الفقهاء لا يكفر أحداً من أهل البدع، وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع، وهو من خالفت بدعته دليلاً قطعياً، ونسبه إلى أكثر أهل السنة. انتهى.

إِذَا خَرَجَ قَوْمٌ مُسْلِمُونَ عَنْ طَاعَةِ الْإِمَامِ وَتَغَلَّبُوا عَلَى بَلَدٍ. دَعَاهُمْ إِلَى  
الْعُودِ، وَكَشَفَ شُبُهَتَهُمْ، وَبَدَّاهُمْ بِالْقِتَالِ لَوْ تَحَيَّزُوا مُجْتَمِعِينَ.  
وَقِيلَ: لَا، مَا لَمْ يَبْدُؤُوا؛ .....

وهذا يخالف مقتضى ما ذكره ابن المنذر؛ فإن مقتضاه: إجماع الفقهاء على عدم  
تكفير أحد من أهل البدع.

وقال في «فتح القدير»: إن ما قاله ابن المنذر أثبت، نعم يقع في كلام أهل  
المذهب تكفير كثير، ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون، بل من  
غيرهم، ولا عبرة بغير الفقهاء، والمنقول عن المجتهدين: ما ذكرناه من عدم تكفير  
أحد من أهل القبلة، وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين. انتهى.

والرابع: قوم مسلمون خرجوا على إمام العدل، ولم يستيبحوا ما استباحه  
الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم، وهم البغاة الذين عرفهم المصنف  
بقوله:

(إِذَا خَرَجَ قَوْمٌ مُسْلِمُونَ عَنْ طَاعَةِ الْإِمَامِ، وَتَغَلَّبُوا عَلَى بَلَدٍ. دَعَاهُمْ إِلَى الْعُودِ  
وَكَشَفَ شُبُهَتَهُمْ)؛ لأن علياً رضي الله عنه فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم، ولأنه  
أهون الأمرين، ولعل الشر يندفع به.. فيبدأ به، ثم هذا استحباب؛ لأنهم علموا ما  
يقاتلون عليه.

(وبدأهم) الإمام (بالقتال لو تحيزوا)؛ أي لو اتخذوا حيزاً (مجتمعين)، وإن لم  
يبدؤوا بالقتال؛ على ما اختاره الإمام خواهر زاده؛ لأن الإمام لو انتظر حقيقة قتالهم..  
ربما لا يمكنه الدفع، فيدار الحكم على دليله [١/٧٢٤] وهو الاجتماع والامتناع.

(وقيل: لا، ما لم يبدؤوا) بالقتال، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد، واختاره  
القدوري في «مختصره»، وعليه أكثر أهل العلم؛ على ما في «فتح القدير».

وهذا؛ لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعاً لشرهم، وذلك بأن بدؤوا بالقتال.  
وأجابوا عنه بما ذكرناه.

فَإِنْ كَانَ لَهُمْ فِتْنَةٌ.. أَجْهَزَ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَاتَّبَعَ مَوْلِيَهُمْ، وَإِلَّا.. فَلَا.  
وَلَا تُسَبِّ ذُرِّيَّتَهُمْ، وَلَا يَقْسِمُ مَالَهُمْ، بَلْ يَحْبَسُ حَتَّى يَتُوبُوا فَيُرَدُّ عَلَيْهِمْ.  
وَجَازَ اسْتِعْمَالُ سِلَاحِهِمْ وَخِيْلِهِمْ عِنْدَ الْحَاجَةِ.  
وَإِنْ قَتَلَ بَاغٌ مِثْلَهُ فَظَهَرَ عَلَيْهِمْ.. لَا يَجِبُ شَيْءٌ.

(فإن كان لهم فتنة) أي عسكر (..) أجهز) على بناء المجهول (على جريحهم)؛  
أي أسرع على قتل جريحهم، (واتبع موليهم) أي معرضهم، (وإلا) أي، وإن لم يكن  
لهم فتنة (..) فلا) يجهز جريحهم، ولا يتبع موليهم؛ لاندفاع شرهم بدونه، وإنما أجهز  
واتبع دفعاً لشرهم كي لا يلتحق الجريح والمولى بالفتنة.  
وقال الشافعي وأحمد: لا يجهز ولا يتبع؛ لأنهم لما تركوا القتال بالجراحة  
والتولي.. لم يبق قتلهم دفعاً لشرهم، ولا يجوز قتلهم إلا دفعاً لشرهم.  
قلنا: إن المعتبر في جواز القتل دليل قتالهم لا حقيقته، ودليل قتالهم موجود؛  
أعني احتمال التحاقهم بالفتنة.

(ولا تسبى ذريتهم، ولا يقسم مالههم)؛ لقول علي: «ولا يقتل أسير، ولا يكشف  
ستر، ولا يؤخذ مال»، قاله يوم الجمل، وهو المقتدى في هذا الباب، ولأن الإسلام  
شرع عاصماً، وهم مسلمون.

وقوله: «ولا يقتل أسير» معناه: إذا لم يكن لهم فتنة، وإلا.. يقتل إن شاء الإمام.  
(بل يحبس) أموالهم لدفع شرهم بكسر شوكتهم، (حتى يتوبوا فيرد عليهم) بعد  
التوبة؛ لاندفاع ضرورة دفع شرهم.

(وجاز استعمال سلاحهم وخيلهم عند الحاجة)؛ لأن علياً رضي الله عنه قسم  
السلاح فيما بين الصحابة بالبصرة، وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك، ولأن للإمام  
أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة، ففي مال الباغي: أولى.

(وإن قتل باغ مثله) في عسكرهم (فظهر عليهم.. لا يجب) على القاتل (شيء)؛  
لأنه لا ولاية للإمام العدل وقت القتل، فلم ينعقد موجباً؛ كالقتل في دار الحرب،

وَإِنْ غَلَبُوا عَلَى مِصْرٍ فَقَتَلَ بَعْضُ أَهْلِهِ آخَرَ مِنْهُ عَمْدًا.. قُتِلَ بِهِ إِذَا ظَهَرَ عَلَى الْمِصْرِ.

وَإِنْ قَتَلَ عَادِلٌ مُورِثَهُ الْبَاغِيَّ يَرِثُهُ، وَلَوْ بِالْعَكْسِ.. لَا يَرِثُهُ الْبَاغِي، إِلَّا إِنْ ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ عَلَى الْحَقِّ.  
وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يَرِثُهُ مُطْلَقًا.

ولأنه قتلٌ مباح الدم، ألا ترى: أن العادل إذا قتله.. لا يجب عليه شيء من الدية والقصاص، فكذا إذا قتله مثله.

وقال مالك والشافعي وأحمد: إن القاتل يقتل به؛ بناء على أن عندهم: كل موضع تجب فيه العبادات في أوقاتها، فهو كدار العدل.

(وإن غلبوا على مصر فقتل [بعض أهله] أي أهل المصر (آخر منه) أي من أهل المصر (عمدًا.. قتل به) أي بسبب قتله عمدًا، مثله.

(إذا ظهر على المصر) قبل إجرائهم أحكامهم في المصر، وأزعجوا عنه قبل ذلك؛ لأن ولاية الإمام لم تنقطع عنه قبل إجرائهم أحكامهم؛ أما لو أجروا أحكامهم حتى صارت في حكم محل ولايتهم [٧٢٤/ب].. فلا قود ولا قصاص، ولكن يستحق عذاب الآخرة.

(وإن قتل عادل مورثه الباغي.. يرثه)؛ لأننا قد أمرنا بمقاتلتهم؛ لقوله تعالى: ﴿فَقَاتِلُوا آلَ بَنِي﴾ فصار قتلهم بحق؛ كقتل أهل الحرب، فلا يوجب حرمان الإرث؛ كما لو قتل مورثه بقود له عليه؛ فإن حرمان الإرث جزاء قتل محظور، فلا يناط بقتل مباح.

(ولو بالعكس)؛ أي لو قتل الباغي مورثه العادل (.. لا يرثه الباغي، إلا إن ادَّعى أنه كان على الحق)، وبه قال أحمد والشافعي في قوله الجديد.

(وعند أبي يوسف: لا يرثه مطلقًا).



توضيح المسألة على ما في «الهداية» وغيرها: إذا قتل رجل من أهل العدل باغياً؛ فإنه يرثه بالاتفاق؛ على ما ذكرناه.

وإن قتله الباغي؛ فإن قال الباغي: كنت على حق في قتلي وأنا الآن على حق.. ورثه لتأويله.

وإن قال: قتله وأنا أعلم أنني على الباطل.. لم يرثه عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يرثه الباغي؛ سواء قال: كنت على الحق، أو قال: كنت على الباطل، وهو قول الشافعي.

وأصل هذا الخلاف: في أن العادل إذا أتلّف نفس الباغي أو ماله.. لا يضمن عندنا، ولا يأنم؛ لأنه مأمور بقتالهم دفعاً لشرهم، وهذا بالاتفاق، والباغي إذا قتل العادل؛ فإن قتل قبل قيام منعتهم وشوكتهم.. اقتصر منه بالاتفاق، وكذا يضمن ما أتلّفه من المال بالاتفاق، وإن قتله بعد قيام منعتهم وشوكتهم.. لا يجب عليه القصاص ولا الضمان عندنا، وبه قال أحمد والشافعي في قوله الجديد.

وقال في قوله القديم: إنه يضمن، وبه قال مالك؛ لأنها نفوس وأموال معصومة، فتضمن بالإتلاف ظلماً وعدواناً.

وعلى هذا الخلاف: لو مات المرتد وقد أتلّف نفساً أو مالا.. لا يضمن عندنا، ويضمن عنده.

قلنا: إن نفي الضمان منوط بالمنعة مع التأويل، وقد وُجِدَا منهم على ما هو الفرض، فيترتب عليه حكمه، حتى لو تجردت المنعة عن التأويل؛ كقوم غلبوا على أهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الأموال بلا تأويل، ثم ظهر عليهم.. أخذوا بجميع ذلك.

ولو تجرد التأويل عن المنعة؛ بأن انفرد واحد أو اثنان فقتلوا وأخذوا عن تأويل.. ضمنوا إذا تابوا أو قدر عليهم، وعليه انعقد إجماع الصحابة؛ على ما رواه

وَكُرِّهَ بَيْعِ السِّلَاحِ مِمَّنْ عَلِمَ أَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْفِتْنَةِ.

الزهري، ولأن التأويل الفاسد يلحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة في حق دفع الضمان، وصار كما في منعة أهل الحرب.

وهذا؛ لأن الأحكام لا بد فيها من الإلزام أو الالتزام، ولم يوجد واحد [٧٢٥/أ] منهما فيهم.

أما الإلزام: فلعدم ولاية الإمام عليهم؛ لوجود منعتهم.

وأما الالتزام: فلاعتقادهم بالإباحة عن تأويل.

بخلافه قبل قيام منعتهم؛ فإن ولاية الإلزام باقية قبله.

وبخلافه عند عدم التأويل؛ فإنه ثبت الالتزام اعتقاداً.

إذا عرفت هذا.. فقال أبو يوسف: إن تأثير المنعة مع التأويل، وكذا تأثير إلحاق التأويل الفاسد بالصحيح.. كان في دفع الضمان، والحاجة ههنا إلى إثبات استحقاق الإرث، ولا يلزم من عدم الضمان استحقاق الإرث بلا دليل.

وقال أبو حنيفة ومحمد: إن المتحقق من الصحابة جعل منعتهم مع اعتقادهم الحقية دافعاً؛ لما لولاه لثبت؛ لثبوت أسباب الثبوت، ألا ترى أنه لو لا تلك المنعة مع اعتقادهم.. لثبت الضمان؛ لثبوت سببه من القتل عمداً وإتلاف المال المعصوم، فيتناول ما نحن فيه؛ فإن القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث قائمة، والقتل بغير حق مانع، وجد عن اعتقاد الحقية مع المنعة، فمنع مقتضاه من المنع.. فعمل السبب - أعني القرابة - عمله من إثبات الميراث.

بخلاف ما إذا قال: أنا الآن على الباطل.. حيث لم يرث؛ لعدم ذلك الدافع، فعمل المانع عمله من المنع عن الميراث.

(وكره بيع السلاح ممن علم أنه من أهل الفتنة)؛ لأنه أعانه على المصيبة، قال

الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾.

وَأِنْ لَمْ يُغْلَمْ.. فَلَا.

(وإن لم يعلم.. فلا) يكره؛ لعدم علة الكراهة، والغالب في حال المسلم:  
الصلاح.

\* \* \*



# (كتاب اللقيط)



## (كِتَابُ اللَّقِيطِ)

التَّقَاظُهُ مَنْدُوبٌ.

وَإِنْ خِيفَ هَلَاكُهُ.. فَوَاجِبٌ.

وَكَذَا اللَّقْطَةُ.

وَهُوَ حَرٌّ إِلَّا إِنْ ثُبِتَ رَقُّهُ بِحُجَّةٍ.

## (كِتَابُ اللَّقِيطِ)

وهو في اللغة: اسم لشيء منبوذ، فاعيل بمعنى مفعول.

وفي الشريعة: اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة، أو فراراً من تهمة الزنا.

(التقاطه مندوب) إن غلب على ظنه عدم الهلاك بأن كان في مصر أو قرية؛ لما فيه من إحياء النفس، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَخْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾، ولأن في رفعه إظهار الشفقة على الأطفال، وهو من أفضل الأعمال.

(وإن خيف هلاكه.. فواجب) بأن وجدته في مفازة ونحوها.

(وكذا اللقطة) هي واللقيط متقاربان لفظاً ومعنى، وخص اللقيط ببني آدم، واللقطة بغيرهم؛ للتمييز، وسيأتي باقي أحكامها.

(وهو) أي اللقيط (حر)؛ لأن الأصل في بني آدم الحرية، وكذا الدار دار الأحرار.

(إلا إن ثبت رقه بحجة).. فحيث يترك الأصل فيعمل بالحجة لرجحانها.

وفي «قاضي خان»: لو ادعى مسلم أن اللقيط عبده [٧٢٥/ب] فأقام البينة؛ فإنه يقضى له، وإنما تقبل البينة على رقه؛ لأن الملتقط خصم باعتبار اليد، فكانت البينة قائمة على خصم. انتهى.

وَنَفَقْتُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، وَكَذَا جَنَائِثُهُ، وَإِرْثُهُ لَهُ، وَإِنْ أَنْفَقَ عَلَيْهِ الْمُلتَقِطُ..  
فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ الْحَاكِمُ بِشَرْطِ الرَّجُوعِ، أَوْ يَصْدِّقَهُ اللَّقِيطُ إِذَا بَلَغَ.  
وَلَا يُؤْخَذُ مِنْ مِلْتَقِطِهِ.

(ونفقته من بيت المال)؛ على ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما، ولأنه مسلم عاجز عن الكسب، ولا مال له، ولا قرابة، فأشبهه المقعد الذي لا مال له، ولأن ميراثه لبيت المال، فكذا غرمه؛ لأن الغنم بالغرم.  
(وكذا جنايته وإرثه له)؛ أي لبيت المال.

(وإن أنفق عليه الملتقط.. فهو متبرع)؛ لعدم ولاية الإلزام.  
(إلا أن يأذن الحاكم بشرط الرجوع) على اللقيط.. فحيثُ لا يكون متبرعاً، بل يكون ديناً على اللقيط؛ لأن للقاضي ولاية عليه، فيكون ديناً عليه.  
ثم مجرد أمر القاضي بالإنفاق عليه يكفي للرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوي.

وفي الأصح: لا يرجع على اللقيط بمجرد الأمر بدون شرط الرجوع عليه.  
(أو يصدق اللقيط إذا بلغ).. فحيثُ لا يكون ديناً عليه أيضاً، وإن لم يشترط القاضي الرجوع؛ لأن له ولاية على نفسه بعد البلوغ، فيعتبر التزامه.  
(ولا يؤخذ) اللقيط (من ملتقطه)؛ لأن يده أسبق إليه، فكان أحق بحفظه، ولم يكن لغيره أن ينتزعه منه إلا بإذنه.

ولو دفعه هو إلى غيره.. ليس له أن يسترده؛ لأنه رضي بإسقاط حقه.  
ولو دفعه إلى القاضي.. فللقاضي أن لا يقبله منه؛ لاحتمال أنه ولده دفعه إليه لتكون مؤنته في بيت المال.

وإن أقام بينة أنه لقيط أو علم القاضي بذلك.. فكذلك، له أن لا يقبله منه؛ لأنه بالالتقاط التزم حفظه وتربيته، ثم أراد أن يعزل نفسه، فلا يسمع منه؛ كالموصى إذا أراد عزل نفسه بعد موت الموصى؛ كذا في «الزيلعي».



وَإِنْ ادَّعَاهُ وَاحِدٌ.. ثَبَّتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَلَوْ عَبْدًا وَهُوَ حُرٌّ، أَوْ ذِمِّيًّا وَهُوَ مُسْلِمٌ  
إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي مَقَرِّهِمْ، وَذِمِّيٌّ إِنْ كَانَ فِيهِ.

(وإن ادعاه واحد.. ثبت نسبه منه؛ أي إن لم يدع الملتقط أنه ابنه، وإلا.. يثبت  
نسبه من الملتقط؛ لاستوائهما في الدعوى ولأحدهما يد.. فكان صاحب اليد أولى،  
وإن كان هو ذمياً والخارج مسلماً.

ثم إذا ثبت نسبه منه، فهل يؤخذ من الملتقط؟  
قيل: يؤخذ منه؛ لأنه أحق بولده.

وقيل: لا يؤخذ؛ لأن بمجرد ثبوت نسبه منه بإقراره لا يبطل حكم اليد.  
وقيل: هذا الاختلاف إذا لم يدع الملتقط نسبه، وإن ادعاه.. لا يؤخذ، ثم هذا  
استحسان:

والقياس: أن لا يقبل قوله؛ لنضمه إبطال حق الملتقط.

وجه الاستحسان: أنه إقرار للصبي بما ينفعه؛ لأنه يتشرف بالنسب ويعير بعده.  
(ولو كان؛ أي من ادعى نسب اللقيط (عبدًا؛ لأن الرق لا يمنع ثبوت [٧٢٦/أ]  
النسب، (وهو) أي اللقيط (حر)؛ لأن العبد قد تلد له الحرة، فلا تبطل الحرية الظاهرة  
بالشك.

(أو) كان المدعي نسبَه (ذمياً، وهو)؛ أي اللقيط (مسلم) أي تبعاً لدار الإسلام،  
ويكون ابناً للذمي (إن لم يكن في مقرهم) بأن وجد في مصر من أمصار المسلمين  
أو قراهم.

(وذمي إن كان فيه)؛ أي في مقرهم من قراهم، أو بيعتهم، أو كنيستهم.

وإن وجده مسلم في مقر الذمي أو بالعكس: ففي رواية كتاب اللقيط: العبرة  
إلى المكان لسبقه.

وفي رواية كتاب الدعوى: العبرة إلى الواجد لقوة اليد.

وقيل: العبرة إلى الإسلام نظراً للصغير.

وَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ مَعًا.. ثُبَّتَ مِنْهُمَا.

وفي «قاضي خان»: إذا وجد اللقيط في مكان الإسلام فادعى رجل من أهل الذمة أنه ابنه، في القياس: لا تصح دعوة الابنية، وفي «الاستحسان»: يصدق في دعوى النسب دون الميراث.

فإن أقام ذمي بينة من أهل الذمة أنه ابنه: ذكر في الكتاب: أنه لا تجوز شهادتهم على المسلمين.

قيل: أراد به إذا أقام الذمي البينة من أهل الذمة أنه ابنه، وأقام المسلم البينة من المسلمين أنه عبده.. فلا تقبل شهادة أهل الذمة في إبطال بينة المسلم.

وقال بعضهم: أراد به: أن الذمي إذا أقام بينة من أهل الذمة ابتداءً أنه ابنه.. لا تقبل بينته؛ لأن الذمي إذا ادعى النسب.. صح دعواه في حكم النسب من غير بينة، إلا أنه يكون مسلماً حكماً، فلا يبطل الحكم بإسلامه بهذه البينة، فلا يحكم بكفره بهذه البينة؛ لأن هذه شهادة قامت في حكم الدين على مسلم، فلا تقبل.

وإن كان شهود الذمي مسلمين.. يقضى له به، ويصير تبعاً له في الدين. انتهى.

وفي «البزازية»: إذا كان الملتقط مسلماً فادعاه مسلم أو نصراني أنه ابنه، وأقام بينة نصارى.. تقبل؛ كذا عن الإمام.

قال الكرخي: هذا إنما يصح إذا كان الملتقط ذمياً؛ لأن شهود النصارى لا يستحق اليد على المسلم.

وبعض المشايخ قالوا: يستحق في الكل.

ومعنى قوله: يقضي بنسبه من المدعي: القضاء بالنسب مضاف إلى الشهادة؛ لأن النسب ثابت بدونها استحساناً. انتهى.

(وإن ادعاه اثنان معاً.. ثبت منهما)؛ لاستوائهما في الدعوى وهو السبب، وهذا إن لم يصف أحدهما.

وَإِنْ وَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِيهِ، أَوْ سَبَقَ.. فَهُوَ أُولَى وَالْحَرُّ وَالْمُسْلِمُ  
أُولَى مِنَ الْعَبْدِ وَالذَّمِّيِّ.  
وَإِنْ شُدَّ عَلَيْهِ مَالٌ أَوْ عَلَى دَابَّةٍ هُوَ عَلَيْهَا.. فَهُوَ لَهُ يُنْفَقُ مِنْهُ عَلَيْهِ بِأَمْرِ قَاضٍ

(وإن وصف أحدهما علامة فيه؛ أي في اللقيط (أو سبق) في الدعوى (..فهو  
أولى) من الذي لم يصفه [٧٢٦/ب] علامة أو لم يسبق فيها؛ لأن الظاهر شاهد له؛  
لموافقة العلامة له، ولثبوت حقه في زمان لا منازع له فيه، هذا عند عدم البينة، وإلا..  
فالقول لمن أقام البينة لقوتها.

(والحر والمسلم أولى من العبد والذمي)؛ يعني: أن الحر والعبد إذا ادعى اللقيط  
وهما خارجان، أو المسلم والذمي إذا ادعياه وهما خارجان دعوى مجردة.. فالحر أولى  
من العبد، والمسلم أولى من الذمي؛ ترجيحاً لما هو الأنظر في حق اللقيط.  
وكذلك إذا أقام البينة وليست إحداهما أكثر إثباتاً، حتى لو شهد للمسلم ذميان،  
وللذمي مسلمان.. كان للمسلم؛ لأن بينة كل منهما صحت في حق الآخر، وليست  
إحداهما أكثر إثباتاً.. فكان المسلم أولى، وأما إذا كانت بينة الكافر أكثر إثباتاً.. فلا  
يعتبر الترجيح بالإسلام. انتهى.

لو ادعى الذمي صبيّاً في يد أحد أنه ابنه وُلِدَ على فراشه، وأقام على ذلك  
شاهدين مسلمين، وأقام عبد مسلم بينة أنه ابنه، وُلِدَ على فراشه من هذه الأمة..  
قضي بالصبي للذمي، ولم يترجح العبد بالإسلام؛ لأن بينة الذمي أكثر إثباتاً؛ لأنها  
ثبتت النسب بجميع أحكامه.

وأما إذا كان النزاع بين الملتقط والخارج.. فالترجيح باليد تأكيد لقوتها ولو كان  
ذمياً.

(وإن شد عليه) أي على اللقيط (أو على دابة هو عليها.. فهو) أي المشدود  
(له)؛ أي للقيط اعتباراً بظاهر الحال.

(ينفق) أي الملتقط (منه) أي من المشدود (عليه)؛ أي على اللقيط (بأمر قاض)؛

وَقِيلَ: بِدُونِهِ أَيْضاً.

وَلَهُ شِرَاءُ مَا لَا بَدُّ لَهُ مِنْهُ مِنْ طَعَامٍ وَكِسْوَةٍ، وَقَبْضُ هَبْتِهِ، وَتَسْلِيمُهُ فِي حِرْزَةٍ لَا تَزْوِجُهُ وَتَصْرِفُهُ فِي مَالِهِ لغيرِ مَا ذُكِرَ.  
وَلَا إِجَارَتُهُ فِي الْأَصَحِّ وَقِيلَ: لَهُ إِجَارَتُهُ.

لأنه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله إليه.

(وقيل): يصرفه (بدونه أيضاً)؛ لأنه مال اللقيط ظاهراً، فلا يحتاج إلى أمر القاضي.  
(وله)؛ أي للملتقط (شراء ما لا بد له [منه] من طعام وكسوة)؛ لأنهما من قبيل الإنفاق عليه.

(وقبض هبته)؛ لأنه نفع محض (وتسليمه في حرفة)؛ لأنه من باب التأديب وحفظ حاله.

(لا تزوجه)؛ لانعدام سبب ولاية التزويج من القرابة والملك والسلطنة.

(و) لا (تصرفه في ماله لغير ما ذكر) بالبيع ونحوه؛ لأن التصرف في المال: لا يكون إلا بكمال الرأي ووفور الشفقة، ولم يوجد في الملتقط، ولهذا لا تملك هذه التصرفات الأم أيضاً.

(ولا إجارته في الأصح)؛ لأن الملتقط لا يملك إتلاف منفعه، فأشبهه العم، بخلاف الأم؛ لأنها تملك إتلاف منفعه بالاستخدام والإعارة.

(وقيل: له إجارته)؛ لأنه يرجع إلى تأديبه.

وليس للملتقط أن يختن اللقيط؛ فإن فعل ذلك [١/٧٢٧] وهلك من ذلك.. كان ضامناً متأكداً في «قاضي خان» و«الذخيرة».

وفي «قاضي خان» أيضاً: لقيط قذفه إنسان بعد البلوغ.. وجب الحد على قاذفه، ولو قذف إنسان أمه.. لا يجب الحد على القاذف.

# (كتاب اللقطة)



## (كِتَابُ اللَّقْطَةِ)

هِيَ أَمَانَةٌ إِنْ شَهِدَ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِيرُدَّهَا عَلَى صَاحِبِهَا، .....

## (كِتَابُ اللَّقْطَةِ)

وفي «المصباح» نقلاً عن الأزهري: اللَّقْطَةُ بضم اللام وفتح القاف: اسم الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه، على قول جميع أهل اللغة وحذاق النحويين. وقال الليث: هي بالسكون ولم أسمعه لغيره.

ومنهم من يعد السكون من لحن العوام. انتهى.

ثم شرع في بيان أحكامه، فقال: (هي أمانة) عند الملتقط.

قال في «الحاوي القدسي»: هي أمانة في يد الملتقط إذا أشهد أنه أخذها ليحفظها على صاحبها.

فإذا أمن على نفسه أنه إذا أخذها يردها على صاحبها لا محالة أو غالباً.. فالأخذ أولى.

وإن كان لا يأمن على نفسه.. فالترك أولى.

وإذا أخذ فأراد أن يضعها على مكانها وندم على الأخذ ووضعها في ظاهر الرواية.. لا يضمن، وروي: أنه يضمن.

ولو دفعها إلى غيره بغير إذن القاضي.. ضمن. انتهى.

(إن أشهد أنه أخذها ليردها على صاحبها).

اختلفوا في صفة أخذها؛ فالمنقول عن الْمُتَقَشِّفَةِ: لا يحل له دفعها؛ لأنه إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه.. فكان كتناوله.

وفي «قاضي خان»: دفع اللَّقْطَةِ لصاحبها أفضل من تركها عند عامة العلماء.

وقال بعضهم: يحل رفعها، وتركها أفضل.

وقالت المتقشفة: لا يحل رفعها.

وَالْأَلَا.. ضَمِنَ. ....

والصحيح: قول علمائنا؛ خصوصاً في زماننا.

سواء كانت اللَّقْطَةُ دراهم أو دنائير أو عروضاً أو شاة أو حماراً أو بغلاً أو فرساً أو إبلاً. انتهى.

ثم ذكر أن هذا إذا كان في الصحراء؛ فإن كان في القرية.. فالأفضل ترك الدابة لا دفعها، وهكذا في «البزازية».

وأشار بقوله: «لصاحبها» إلى أن دفعها لنفسه لا يجوز بالاتفاق.

ثم هذا الخلاف ليس في مطلقها، بل في نوع منها.. ففي «الخلاصة» و«البزازية»: التقاط اللَّقْطَةِ على وجهين:

إن خاف ضياعها.. يفترض الرفع.

وإن لم يخف ضياعها.. يباح رفعها.

أجمع العلماء عليه، والأفضل: الرفع في ظاهر المذهب. انتهى.

فالخلاف المذكور: في النوع الثاني، فجعل في «الخلاصة» قول عامة العلماء على ما في «قاضي خان» و«البزازية» ظاهر المذهب.

ثم وجه الحرمة ما مر ذكره في «قاضي خان».

وأما وجه من قال: إنها يحل رفعها؛ فلأنه ﷺ لم ينه عن ذلك، ولا أنكر على من فعله [٧٢٧/ب]، بل أمره بتعريفها.

وأما وجه من قال: إن الأفضل تركها؛ فلأن صاحبها يطلبها في المكان الذي فقدتها فيه؛ لأنه وإن لم يذكر خصوص المكان لكنها إذا تركها كل أحد.. فالظاهر أن يجدها صاحبها؛ لأنه لا بد عادة أن يمر في ذلك المكان مرة أخرى في عمره.

(ولإلا) أي وإن لم يشهد على أخذها لصاحبها (.. ضمن) بالإجماع إن أقر أنه أخذه لنفسه؛ لأنه أخذ مال الغير بغير إذن.



وَالْقَوْلُ لِلْمَالِكِ إِنْ أَنْكَرَ أَخْذَهُ لِلرَّدِّ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: لِلْمَلْتَقِطِ.  
وَيَكْفِي فِي الْإِشْهَادِ قَوْلُهُ: مَنْ سَمِعْتُمُوهُ يَنْشُدُ لِقَطَةً.. فَدَلُّوهُ عَلَيَّ.  
وَيُعْرِفُهَا فِي مَكَانٍ أَخَذَهَا، .....

وإن قال: أخذت لصاحبها، وكذبه صاحب.. يضمن عند أبي حنيفة ومحمد؛  
لأنه أقر بسبب الضمان - وهو أخذ مال الغير - وادعى ما يبرئه، وفيه وقع الشك..  
فلا يبرأ.

وقال أبو يوسف: لا يضمن؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لاختياره الحسبة دون  
المعصية، وإلى هذا أشار بقوله: (والقول للمالك إن أنكر المالك (أخذه للرّد.  
وعند أبي يوسف: للملتقط) به. الأصح: قولهما؛ لأن ما ذكره أبو يوسف من  
الظاهر: يعارضه مثله؛ من أن الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه، كذا قالوا.  
لكن قال في «الحاوي القدسي»: إذا هلك في يده؛ إن أشهد حين أخذ، فقال  
إني وجدت لقطة ممن ينشدها دلّوه علي.. لا يضمن، ولو لم يشهد.. يضمن عند أبي  
حنيفة.

وعندهما: لا يضمن إذا حلف أنه أخذها ليردها على صاحبها، وبه نأخذ.  
انتهى.

(ويكفي في الإشهاد قوله: من سمعتموه ينشد) أي يطلب (لقطة.. فدلّوه علي).  
وفي «الخلاصة» عن شمس الأئمة الحلواني: أدنى ما يكون من التعريف: أن  
يشهد عند الأخذ ويقول: أخذتها لأردّها على صاحبها؛ فإن فعل ذلك ولم يعرفها  
بعد ذلك.. كفى.

(ويعرفها في مكان أخذها).

وفي «الخلاصة»: ويعرفها حيث يجدها جهرًا لا سرًّا؛ فإن وجد في الطريق ولم  
يجد أحداً.. أشهد عليه، أو خاف أنه لو أشهد عليه عند الرفع يأخذه منه الظالم فترك  
الإشهاد.. لا يكون ضامناً، ويشهد إذا ظفر بمن يشهده؛ فإذا فعل.. لا يضمن.

وَفِي الْمَجَامِعِ مُدَّةٌ يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ طَلَبُ صَاحِبِهَا بَعْدَهَا هُوَ الصَّحِيحُ.  
وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ عَشْرَةٌ دَرَاهِمَ فَأَكْثَرُ.. فحَوْلًا، وَإِنْ كَانَتْ أَقَلُّ.. فَأَيَّامًا.  
وَمَا لَا يَبْقَى.. يُعْرَفُ إِلَى أَنْ يُخَافَ فَسَادُهُ، ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِهَا إِنْ شَاءَ؛ .....

فإذا وجد من يشهده ولم يشهده حتى جاوز.. يضمن؛ لأنه ترك الإشهاد مع القدرة عليه؛ فإن لم يظهر المالك.. يتصدق.

(وفي المجامع) من الأسواق والمساجد والشوارع (مدة) - ظرف ليعرفها -  
(يغلب على ظنه عدم طلب صاحبها بعدها)؛ بأن يقول: من ضاع له شيء.. فليطلبه  
عندي (هو الصحيح) عند أكثر المشايخ.

(وقيل: إِنْ كَانَتْ) اللَّقْطَةُ (عشرة دراهم فأكثر.. فحولًا، وَإِنْ كَانَتْ أَقَلُّ.. فَأَيَّامًا)؛  
على حسب ما يراه الملتقط.

قيل هذا رواية عن أبي حنيفة.

وقدّره محمد في «الأصل» [١/٧٢٨]: بالحول، من غير فصل بين الكثير والقليل،  
وهو قول الشافعي، لقوله ﷺ: «من التقط شيئاً.. فليعرفه ستة» من غير فصل.

ووجه الأول: أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مئة دينار تساوي ألف  
دينار، والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة، وتعلق  
استحلال الفرج به، وليست في معناها في حق تعلق الزكاة.. فأوجبنا التعريف  
بالحول احتياطاً، وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه.. ففوضنا إلى رأي  
المبتلى به.

(وما لا يبقى) من الأطعمة المعدة للأكل ومن الثمار وغيرهما (.. يعرف إلى أن  
يخاف فساده)؛ لأن بعد الفساد لا فائدة في التعريف.

(ثم يتصدق بها)؛ أي اللَّقْطَةُ مطلقاً (إِنْ شَاءَ) إيصالاً للحق إلى المستحق بقدر  
الإمكان، وذلك بإيصال عينها عند الظفر بصاحبها، وإيصال العوض وهو الثواب  
على اعتبار إجازته التصديق بها.

فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا بَعْدَهُ.. أَجَارَهُ إِنْ شَاءَ وَأَجْرُهُ لَهُ.  
 أَوْ ضَمَّنَ الْمُلْتَظُّ أَوْ الْفَقِيرُ لَوْ هَالِكَةً.  
 وَأَيْتُهُمَا ضَمِنَ.. لَا يَرْجِعُ عَلَى الْآخِرِ.  
 وَيَأْخُذُهَا مِنْهُ إِنْ بَاقِيَةً.

(فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا بَعْدَهُ) أي بعد التصديق (.. أَجَارَهُ إِنْ شَاءَ، وَأَجْرُهُ لَهُ) أي لصاحبه،  
 (أَوْ ضَمَّنَ الْمُلْتَظُّ)؛ لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه، إلا أنه بإباحة من جهة الشرع،  
 وهذا لا ينافي الضمان حقاً للعبد؛ كما في تناول مال الغير حالة المخصصة.  
 (أَوْ الْفَقِيرُ لَوْ هَالِكَةً) في يده؛ لأنه قبض مال الغير بغير إذنه.  
 (وَأَيْتُهُمَا ضَمِنَ.. لَا يَرْجِعُ عَلَى الْآخِرِ)؛ أما الملتقط: فلأنه ملكها من وقت  
 الضمان، فيكون متصديقاً بماله، فلا يضمن غيره، وأما الفقير: فلأنه عوض ما وصل  
 إليه.

(وَيَأْخُذُهَا مِنْهُ) أي من الفقير (إِنْ بَاقِيَةً)؛ لأنه وجد عين ماله.  
 وفي «الخلاصة»: ويعرفها حيث يجدها؛ فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ الْمَالِكُ.. يَتَصَدَّقُ؛ فَإِذَا  
 حَضَرَ الْمَالِكُ.. يَخِيرُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الثَّوَابُ لَهُ، وَبَيْنَ أَنْ يَضُمَّنَهُ الْقِيَمَةَ.  
 قَالَ الْقَاضِي أَبُو جَعْفَرٍ: إِنْ تَصَدَّقَ بِإِذْنِ الْقَاضِي.. لَيْسَ لَهُ أَنْ يَضُمَّنَهُ.  
 فَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةٌ فِي يَدِ الْفَقِيرِ.. أَخَذَهُ الْمَالِكُ؛ فَإِنْ كَانَ الْمُلْتَظُّ مُحْتَاجاً.. لَهُ أَنْ  
 يَصْرِفَ اللَّقْطَةَ إِلَى نَفْسِهِ بَعْدَ التَّعْرِيفِ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا.. لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ.  
 وَفِي «النَّوَادِرِ»: يَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَى الْإِمَامِ بِالْخِيَارِ؛ إِنْ شَاءَ.. قَبْلَ، وَإِنْ شَاءَ.. لَمْ  
 يَقْبَلْ.

فَإِذَا قَبِلَ؛ إِنْ شَاءَ.. عَجَلَ صَدَقَتَهَا، وَإِنْ شَاءَ.. أَقْرَضَهَا مِنْ رَجُلٍ مَلِيٍّ، وَإِنْ  
 شَاءَ.. دَفَعَهَا مُضَارَبَةً، وَإِنْ شَاءَ.. رَدَّهَا عَلَى الْمُلْتَظِّ.

ثم هو بالخيار؛ إن شاء.. أدام الحفظ إلى أن يظهر الطالب، وإن شاء.. تصدق على أن يكون الثواب [٧٢٨/ب] لصاحبها، وإن شاء.. باعها إن لم تكن دراهم أو دنائير وأمسك ثمنها.

ثم بعد ذلك؛ إن حضر مالكة: ليس له نقض البيع إن كان البيع بأمر القاضي، وإن باع بغير أمر القاضي وهي قائمة؛ فإن شاء.. أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء.. أبطل البيع وأخذ عين ماله.

فإن هلك؛ إن شاء.. ضمن البائع، وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع في ظاهر الرواية، وبه أخذ عامة المشايخ.

ثم اعلم: أن ما يجده الملتقط نوعان:

نوع لا يطلبه مالكة؛ كالنواة وقشور الرمان والبطيخ في مواضع متفرقة.. له أن يأخذها ويتنفع بها، ولكن لا يصير ملكاً للآخذ، حتى لو وجدها صاحبها في يده.. له أن يأخذها، إلا إذا كان قال حالة الرمي: من أخذه فهو له لقوم معلومين، وكذا الحكم في التقاط السنابل، لكن أخذه بعد جمع غيره يعد دناءة.

وقال بعض المشايخ: ليس للرامي أخذها وإن لم يقل وقت الإلقاء: من أخذه فهو له، لقوم معلومين.

ونوع يطلبه مالكة؛ كالنقدين والعروض ونحوها.. فيأخذها ويحفظه إلى أن يوجد صاحبها.

والقشور والنواة إن كانت مجتمعة.. فهي من النوع الثاني.

وإن وجد جوزة، ثم أخرى، ثم أخرى حتى بلغت عشرًا وصارت لها قيمة؛ إن وجدها في موضع واحد.. فهو من النوع الثاني، وإن وجدها في مواضع متفرقة.. فقد اختلف المشايخ فيه:

والمختار: أنها من النوع الثاني، وهو الأحوط؛ على ما في «البيزاية».

وَلَقَطَةُ الْحَلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ.

وَيَجُوزُ التَّقَاتُ الْبَهِيمَةِ، .....

التفاح والكمثري: إن وجد في الماء.. يجوز أخذه وإن كثر؛ لأنه يفسد بالماء.

وجعل في «الخلاصة» الحطب كالتفاح والكمثري في الماء.

وفصله في «البزازية» وقال: والحطب في الماء؛ إن لم يكن له قيمة.. يأخذه،

وإن كان له قيمة.. فهو لقطة.

(ولقطة الحل والحرم سواء).

وقال الشافعي: يجب التعريف أبداً إلى أن يجيء صاحبها في لقطة الحرم؛

لقوله ﷺ في لقطة مكة: «لا تحل لقطتها إلا لمنشدها»:

ولنا: قوله ﷺ: «اعرف عقاصها ووكائها، ثم عرفها سنة» بلا فصل بينهما،

ولأنها لقطة، وفي التصديق بعد مدة التعريف: إبقاء ملك المالك من حيث يحصل

الثواب له، فيملكه كما في سائر اللقطات.

وتأويل ما رواه: أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف.

فإن قيل: هذا الحكم ليس بمختص بالحرم؛ لأنه لا يحل الالتقاط في غيره

أيضاً إلا للتعريف والحفظ.

قلنا: إنما خصه بالحرم [١/٧٢٩]؛ لأن مكة شرفها الله تعالى مكان الغرباء؛ لأن

الناس يأتونها من كل فج عميق، ثم يفرقون بحيث يندر الرجوع لهم إليها، فالظاهر:

أنها للغرباء، ولا يظن عودهم في سنة وأكثر، فينبغي أن يسقط التعريف؛ لعدم الفائدة

فيه، فأزاله النبي ﷺ بتخصيصها بالذكر.

(ويجوز التقاط البهيمة) شاة أو بقرأ أو بعيراً؛ لأنها لقطة يتوهم ضياعها،

فيستحب أخذها وتعريفها؛ صيانة لها؛ هذا إذا كان في الصحراء.

وإذا كان في القرية.. فتركها أفضل؛ كذا في «قاضي خان»، وقد ذكرناه.

وقال الشافعي: ترك البهيمة أفضل مطلقاً.

وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِي إِنْفَاقِهِ عَلَيْهَا بِلَا إِذْنِ حَاكِمٍ، وَإِنْ يَأْذِنُهُ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ..  
فَدَيْنٌ عَلَى رَبِّهَا، لَهُ أَنْ يَحْبِسَهَا عَنْهُ حَتَّى يَأْخُذَهُ؛ فَإِنْ امْتَنَعَ.. يَبْعَثُ فِي النَّفَقَةِ؛  
فَإِنْ هَلَكْتَ بَعْدَ الْحَبْسِ.. سَقَطَ، وَإِنْ قَبْلَهُ.. لَا وَيُوجَرُّ الْقَاضِي مَا لَهُ مِنْ نَفْعَةٍ،  
وَيُنْفِقُ مِنْهَا.

وَمَا لَا مَنْفَعَةَ لَهُ.. يَأْذَنُ بِالْإِنْفَاقِ إِنْ أَصْلَحَ .....

(وهو متبرع في إنفاقه عليها بلا إذن حاكم)؛ لقصور ولايته عن أن يشغل ذمة المالك بالدين بلا أمره.

(وإن أنفق (بإذنه بشرط الرجوع) على صاحبها (.. فدين على ربِّها)؛ لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له، وقد يكون النظر بالإنفاق.

(له)؛ أي: للمنفق بإذن الحاكم: (أن يحبسها عنه حتى يأخذها)؛ أي يأخذ ما أنفق.

(فإن امتنع) عن الأداء (.. يبعث اللقطة (في النفقة)؛ لأنها حية بنفقته.

(فإن هلك بعد الحبس.. سقط) دين النفقة؛ لأنه يصير بالحبس شبيه الرهن.

(وإن قبله.. لا) يسقط.

(ويؤجر القاضي ما) أي بهيمة (له منفعة) في إيجاره، (وينفق منها) أي من الأجرة؛

لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير التزام الدين عليه؛ كما فعله بالعبد الآبق.

(وما لا منفعة له.. يأذن) للملتقط (بالإنفاق إن) كان الإنفاق (أصلح)؛ لأنه

نصب ناظراً، وفي هذا نظر من الجانبين؛ جانب المالك بإبقاء عين ماله، وجانب

الملتقط بالرجوع.

قال المشايخ: إنما يأذن بالإنفاق يوماً أو ثلاثة على قدر ما يرجى أن يظهر

مالكها؛ فإذا لم يظهر.. يأمر ببيعها؛ لأن دائرة النفقة مستأصلة للعين معنى، بل ربما

تذهب العين ويفضل الدين على مالكها، ولا نظر في ذلك أصلاً، بل ينبغي أن لا

ينفذ من القاضي ذلك لو أمر به؛ للتيقن بعدم النظر.

وإذا باعها.. أعطي الملتقط من ثمنها ما أنفق في اليومين أو الثلاثة؛ لأن الثمن

إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةُ أَنَّهَا لِقَطَةٌ.

وَإِنْ قَالَ: لَا بَيِّنَةَ لِي.. يَقُولُ لَهُ: أَنْفَقَ عَلَيْهَا إِنْ كُنْتَ صَادِقًا، وَإِلَّا.. بَاعَهُ وَأَمَرَ بِحِفْظِ ثَمَنِهِ.

وَلِلْمَلْتَقِطِ أَنْ يَنْتَفَعَ بِاللُّقْطَةِ بَعْدَ التَّعْرِيفِ لَوْ فَقِيرًا، .....

مال صاحبها، والنفقة دين عليه بعلم القاضي، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه.. كان له أن يأخذه.

ولو باعها بغير أمر القاضي.. لا ينفذ، ويتوقف على إجازة المالك؛ فإن أجاز وهي قائمة في [٧٢٩/ب] يد المشتري؛ فإن شاء.. أجاز البيع، وإن شاء.. أبطله وأخذها من يده.

وإن جاء وهي هالكة؛ فإن شاء.. ضمن المشتري قيمتها، وإن شاء.. ضمن البائع. فإن ضمن البائع.. نفذ البيع؛ لأنه ملك اللقطة بالضمان من حين أخذها، وكان الثمن ملك البائع، ويتصدق بما زاد على القيمة؛ كذا في «فتح القدير». ولكن هذا فيما (إذا أقام) الملتقط (البينة أنها لقطة) عنده؛ لأنه يحتمل أن يكون غصباً عنده، فلا يؤمر فيه بالإنفاق، فلا بد من البينة لكشف الحال لا للقضاء، حتى يحتاج فيها إلى الخصم؛ كذا في «المبسوط» وصححه في «الهداية».

وقال في «الذخيرة»: الإمام خصم فيها عن صاحبها.

(وإن قال) الملتقط: (لا بينة لي.. يقول له) القاضي: (أنفق عليها إن كنت صادقاً) في قولك، فيرجع على المالك إن كان صادقاً، وإلا.. فلا.

(وإلا) أي: وإن لم يكن الإنفاق عليها أصلح (.. باعه) القاضي (وأمر) الملتقط (بحفظ ثمنه)؛ إبقاء له معنى عند تعذر إبقاء عينه.

وقد ذكرنا: أنه يأمره بالبيع بعد ثلاثة أيام:

(وَلِلْمَلْتَقِطِ أَنْ يَنْتَفَعَ بِاللُّقْطَةِ بَعْدَ التَّعْرِيفِ لَوْ فَقِيرًا)؛ لما فيه من النظر للجانبين:

الشوا ب للمالك، والانتفاع للملتقط.

وَإِنْ غَنِيًّا.. تَصَدَّقَ بِهَا، وَلَوْ عَلَى أَبَوَيْهِ، أَوْ وَلَدِهِ، أَوْ زَوْجَتِهِ لَوْ فُقَرَاءَ.  
وَإِنْ كَانَتْ حَقِيرَةً؛ كَالنَّوَى وَقُشُورِ الرُّمَّانِ وَالسُّنْبُلِ بَعْدَ الْحَصَادِ.. يَنْتَفَعُ  
بِهَا بِدُونِ تَعْرِيفٍ.

وَلِلْمَالِكِ أَخْذُهَا.

وَلَا يَجِبُ دَفْعُ اللَّقْطَةِ إِلَى مُدْعِيهَا إِلَّا بِبَيِّنَةٍ.

وَيَحِلُّ إِنْ بَيَّنَّ عَلَامَتَهَا مِنْ غَيْرِ جَبْرِ.

(وَإِنْ غَنِيًّا.. تصدق بها) على فقير؛ إذ لا تصدق إلا على فقير.

(ولو على أبويه أو ولده أو زوجته لو فقراء)؛ لأنهم حيثئذ مصارف.

(وَإِنْ كَانَتْ) اللَّقْطَةُ (حقيرة كالنوى وقشور الرمان والسنبُل بعد الحصاد.. ينتفع

بها) الملتقط؛ على ما ذكرناه من التفصيل (بدون تعريف).

وَلِلْمَالِكِ أَخْذُهَا) لو باقية؛ لبقاء ملكه فيه، لكنه يعد دناءة.

(وَلَا يَجِبُ دَفْعُ اللَّقْطَةِ إِلَى مُدْعِيهَا إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، وَيَحِلُّ) أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ (إِنْ بَيَّنَّ

عَلَامَتَهَا)؛ مثل إِنْ سَمِيَ وَزَنَ الدَّرَاهِمَ وَعَدَّدَهَا وَوَكَّأَهَا وَوَعَائَهَا (مِنْ غَيْرِ جَبْرِ) مِنْ

الْقَاضِي؛ لِأَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ كَالْمَلِكِ.. فَلَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَهِيَ الْبَيِّنَةُ؛ اعْتِبَاراً

بِالْمَلِكِ، إِلَّا أَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ الدَّفْعُ عِنْدَ إِصَابَةِ الْعَلَامَةِ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا

وَعَرَفَ عَقَاصَهَا وَعَدَّدَهَا.. فَادْفَعَهَا إِلَيْهِ»، وَهَذَا الْأَمْرُ لِلْإِبَاحَةِ لَا لِلْوَجُوبِ، وَإِلَّا.. لَزِمَ

التَّعَارُضُ مَعَ قَوْلِهِ ﷺ: «الْبَيِّنَةُ لِلْمُدْعَى، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»، فَحُمِلَ عَلَى الْإِبَاحَةِ

دَفْعاً لِلتَّعَارُضِ.

قَالَ فِي «الْهِدَايَةِ»: وَيَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلاً إِذَا كَانَ يَدْفَعُهَا إِلَيْهِ بِالْعَلَامَةِ فَقَطْ اسْتِثْنَاءً،

وَهَذَا بِلَا خِلَافٍ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ كَفِيلاً لِنَفْسِ الْمَلْتَقَطِ [٧٣٠/١].



بخلاف التكفيل لو ارث غائب ولغيره عند أبي حنيفة؛ فإنه إذا قسمت تركة الغائب بين الورثة أو الغرماء.. لا يؤخذ من الورثة ولا من الغرماء كفيل عنده، وعندهما: يؤخذ.

والفرق لأبي حنيفة: أن حق الحاضر هنا غير ثابت، فيمكن أن يكون المالك غيره فيجيء ويتوارى الآخذ فيحتاج بالكفيل، بخلاف الميراث؛ فإن حق الحاضر معلوم ثابت، وكون غيره أيضاً له حق أمر موهوم، فلا يجوز تأخير الحق الثابت إلى زمان تحصيل الكفيل لحق موهوم:

وأما إذا دفعها إليه بإقامة البينة لا بمجرد ذكر العلامة، ففي أخذ الكفيل فيه عن أبي حنيفة روايتان، والصحيح أنه لا يأخذ كفيلاً؛ على ما في «العناية» و«فتح القدير»: وقال في فصل القضاء بالمواريث من «الهداية»: إن في أخذ الكفيل عند دفع اللقطة بالعلامة روايتين، والصحيح أنه على الخلاف؛ على قول أبي حنيفة: لا يأخذ، وعلى قولهما: يأخذ، وهذا ينافي ما ذكره ههنا من نفي الخلاف بقوله: «بلا خلاف»، ثم هذا فيما إذا دفعه بمجرد العلامة بدون التصديق منه؛ فإن صدقه مع العلامة أو لا معها.. فلا شك في جواز دفعه إليه.

لكنه هل يجبر أم لا؟ قيل: يجبر كما لو أقام بينة، وقيل: لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه المودع.. لا يجبره القاضي على دفعها إليه.

ودفع هذا القول بالفرق:

أن المالك الآخذ لهذه اللقطة التي صدق الملتقط مدعيها غير ظاهر.

والمودع في مسألة الوديعة مالك ظاهر، وإنما أقر للحاضر بحق قبضها ملك الغير لا يلزمه إقباضه؛ لأنه إقرار على ملك الغير.

ثم إذا دفع بالتصديق أو بمجرد العلامة، وجاء آخر أقام البينة أنها له؛ إن كانت قائمة في يد المدعي.. قضى له بها وهو ظاهر، وإن كانت هالكة.. خير بين أن يضمن القابض أو الملتقط.

فإذا ضمن القابض.. لا يرجع على أحد، وإن ضمن الملتقط.. ففي رواية: لا يرجع على القابض وهو قول الإمام أحمد؛ فيما إذا كان الدفع بتصديقه، وفي رواية: يرجع، وفي «فتح القدير»: وهو الصحيح.

وجه قول أحمد: أن الملتقط اعترف بأنه مالکها وصاحب البينة ظلمه بتضمينه، فلا يظلمه هو، وصار كالمودع إذا صدق الوكيل بالقبض ودفع إليه، ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمنه.. لا يرجع على الوكيل لزعمه أن الوكيل قبضه بأمره والمودع ظالم في تضمينه.

ولنا: أنه [٧٣٠/ب] وإن صدقه في الملك، لكنه لما قضى بالملك لصاحب البينة.. فقد صار مكذباً شرعاً بتكذيب القاضي، فبطل إقراره، وصار كأنه دفع بلا تصديق، ثم ظهر الأمر بخلافه، وصار كإقرار المشتري بالملك للبائع إذا استحقه غيره ببينة فقضى به له.. يرجع على البائع.

وقال في «المبسوط» في الفرق بينهما: إن في زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره وهو المودع في قبضه له بأمره، وليس بضامن، بل المودع ظلمه بتضمينه إياه، ومن ظلم.. لا يظلم غيره، وههنا في زعمه أن القابض اللقطة عامل لنفسه، وأنه ضامن إذا ثبت الملك لغيره بالبينة.. فكان له أن يرجع عليه بما ضمن. انتهى.

# كتاب الآبق



## (كِتَابُ الْآبِقِ)

نُدِبَ أَخْذُهُ لِمَنْ قَوِيَ عَلَيْهِ.

وَكَذَا الضَّالُّ.

وَقِيلَ: تَرَكُهُ أَفْضَلُ.

وَيُرْفَعَانِ إِلَى الْحَاكِمِ فَيَحْبِسُ الْآبِقَ دُونَ الضَّالِّ.

## (كِتَابُ الْآبِقِ)

يقال: أبق العبد: إذا هرب من سيده من غير خوف، ولا كد عمل، والإباق بالكسر: اسم منه، فهو آبق، كذا في «المصباح».

(ندب أخذه لمن قوي عليه)؛ لما فيه من إحيائه.

(وكذا الضال) وهو الذي لم يهتد إلى طريق منزله من غير قصد.

(وقيل: تركه أفضل)؛ لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك، ولا كذلك الآبق.

(ويرفعان)؛ أي الآبق والضال (إلى الحاكم) على ما اختاره شمس الأئمة السرخسي، وعلى ما اختاره شمس الأئمة الحلواني: أن الواجد فيهما مخير إن شاء حفظه بنفسه، وإن شاء رفعه إلى الحاكم، وعلى هذا الضال والضالة من الإبل وغيرها.

(فيحبس الآبق) عند الحاكم تعزيراً له؛ ولأنه لا يؤمن عليه الإباق ثانياً، وإذا طالّت المدة ولم يجئ صاحبه.. باعه الحاكم ويحفظ ثمنه.

(دون الضال)؛ لعدم ما ذكرنا في الآبق، وإذا حبس الحاكم، أو الإمام الآبق فجاء رجل وادعاه وأقام بينة أنه عبده.. يستحلفه بالله أنه باق إلى الآن في ملكك ولم يخرج ببيع ولا هبة؛ فإذا حلف.. دفعه إليه، وهذا لاحتمال أنه عرض بعد علم الشهود بثبوت [ملكه على] وجه زواله بسبب لا يعلمونه، وإنما يستحلفه مع عدم

وَلَمَنْ رَدَّهُ مِنْ مُدَّةِ سَفَرٍ: أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا.

خصم يدعي لصيانة قضائه عن الخطأ، ونظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر، أو موهوب له.

ثم إذا دفعه إليه عن بينة: ففي أولوية أخذ الكفيل وتركه روايتان.

وكما يدفعه بالبينه.. يدفعه بإقرار العبد أنه له، ويأخذ من المدفوع إليه هنا كفيلاً رواية واحدة.

وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال، ثم يأخذه من صاحبه فيرده في بيت المال [٧٣١].

بخلاف اللقيط: لا يؤخذ منه إذا كثر مال بيت المال؛ لأنه كان مستحقاً له بفقره وعجزه عن الكسب، بخلاف مالك العبد.

وإذا لم يجئ للعبد طالب وطالت مدته.. باعه القاضي وأمسك ثمنه بعد أخذ ما أنفق لبيت المال منه؛ فإن جاء مالكة وأقام بينة وهو قائم في يد المشتري.. لا يأخذه، ولا ينتقض بيع القاضي؛ لأنه كحكمه.

وأما ما وقع في «فتاوى» مشايخ الإسلام: «من أن مالكة إذا كان عسكرياً وجاء وأقام بينة وهو قائم في يد المشتري يأخذه منه وينقض بيع القاضي».. فبناءً على القانون العثمانية حفظاً لمال غزاة المسلمين، لا على قول الفقهاء والأئمة.

بخلاف الضال إذا طالت مدته؛ فإنه يؤاجره وينفق عليه من أجرته؛ لأنه لا يخشى إباقة.. فلا يبيعه.

وأما الآبق: فيخشى إباقة.. فيبيعه ولا يؤاجره.

(ولمن رده)؛ أي: الآبق سواء كان الراد واحداً أو اثنين، وإن كان اثنين.. يجعل

الجعل بينهما على السواء؛ كما في «الحاوي القدسي».

(من مدة سفر) ثلاثة أيام فصاعداً: (أربعون درهماً) في «الاستحسان».

وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقْلَ مِنْ أَرْبَعِينَ.. فَقِيمَتُهُ إِلَّا دَرَاهِمًا عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: أَرْبَعُونَ.

وَإِنْ رَدُّهُ مِنْ دُونِهَا.. فَبِحَسَابِهِ.

والقياس: أن لا يكون شيء إلا بالشرط؛ بأن يقول: من رد علي عبدي.. فله كذا وهو قول الشافعي؛ لأنه متبرع فيما أنفق وأتلف من ماله، فأشبهه العبد الضال واللُّقطة. وجه الاستحسان: إجماع الصحابة؛ لأنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل، واختلفوا في مقداره:

منهم: من أوجب أربعين درهماً.

ومنهم: من أوجب ديناراً واثنين عشر درهماً.

ومنهم: من أوجب ديناراً وعشرة دراهم.

ومنهم: من أوجب عشرة دراهم في المصر وأربعين في الخارج.

فأوجبنا: الأربعين في مسيرة السفر، وما فوقها، وما دونها: فيما دون مسيرة السفر توفيقاً وتلفيقاً بين الأدلة، والتقدير في المقدرات الشرعية: بالسمع، ولا سمع في الضال واللُّقطة.. فامتنع التقدير في الرأي، وليس في معنى الآبق حتى يلحق به؛ لأن الحاجة إلى صيانة الضال دون الحاجة إلى صيانة الآبق.

(وإن كانت قيمته) - أي: قيمة الآبق - (أقل من أربعين.. فقيمه) إلا درهماً عند

محمد).

وفي «شرح الطحاوي»: ذكر أبا حنيفة مع محمد؛ لأن المقصود حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فيقبض بشيء ليسلم له شيء تحقيقاً للفائدة.

(وعند أبي يوسف: أربعون)؛ لأن التقدير بها ثبت بالنص.. فلا ينقص عنها كما

لا يزداد.

ولهذا: لا يجوز الصلح [٧٣١/ب] على الزيادة، بخلاف الصلح على الأقل؛ لأنه

حط منه فيجوز مثل حط الكل.

وَأِنْ أَبَقَ مِنْهُ.. لَا يَضْمَنُ إِنْ أَشْهَدَ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِيَرُدَّهُ.

(وإن رده من دونها)؛ أي: من دون مدة السفر (.. فبحسابه)؛ فيقسم الأربعون على الأيام الثلاثة؛ لأن العوض يوضع على المعوض ضرورة المقابلة.

وفي رواية «الأصل»: أنه يرضخ له باصطلاحهما، أو يفوض إلى رأي القاضي.

(وإن أبق منه) - أي: من الآخذ - (لا يضمن)؛ لأنه أمانة في يده، لكن هذا (إن أشهد أنه أخذه ليرده) على صاحبه؛ لأن الآخذ على هذا الوجه مأذون فيه، ولا شيء له من الجعل؛ لأن الراد في معنى البائع من المالك؛ لأن عامة منافع العبد زالت بالإباق، وإنما يستفيد منها المولى بالرد بمال يجب عليه، والبائع إذا هلك في يده المبيع.. سقط ثمنه، كذلك ههنا سقط الجعل؛ ولكونه في معنى البائع.. له أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع بحبس المبيع؛ لاستيفاء الثمن.

وكذا إذا مات في يد الآخذ.. لا شيء عليه، لما ذكرناه أنه أمانة في يده.

ولو أعتقه المولى كما لقيه قبل قبضه.. صار بذلك الإعتاق قابضاً فيجب عليه الجعل؛ كما في العبد المشتري إذا أعتقه المشتري قبل قبضه.. يصير به قابضاً ويجب الثمن.

وكذا إذا باعه المولى من الراد قبل قبضه.. يصير به قابضاً؛ لسلامة بدله وهو الثمن له.

فإن قيل: للرد حكم البيع من المالك على ما ذكرناه آنفاً، فيبيع المالك من الراد قبل قبضه بيع ما لم يقبض وهو لا يجوز.

أجيب: بأنه بيع من وجه لا من كل وجه، فلا يدخل تحت النهي المطلق عن بيع ما لم يقبض.. فجاز.

فإن قيل: إن الشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمان.. فينبغي أن يلحق هذا بالبيع الحقيقي في الحرمة.



وإلا.. فلا شيء له ويضمن إن أبق منه، .....

أجيب: بأن هذه شبهة الشبهة، ولا عبرة بها، وهذا؛ لأنه لو شرط رضا المالك.. كان الثابت الشبهة؛ لأنه ملكه حقيقة، فمع عدم الرضاء: شبهة الشبهة، كذا في «فتح القدير».

ولو دبره كما لقيه قبل قبضه.. لم يكن بذلك قابضاً؛ لأن التدبير ليس بإتلاف للمالية كالإعتاق، فلا يصير المولى بذلك قابضاً ما لم يصل إلى يده.

(ولإلا) - أي: وإن لم يشهد - (فلا شيء له) من الجعل؛ لأن ترك الإشهاد أمانة أنه أخذه لنفسه وصار كمن اشتراه من الآخذ، أو اتهمه، أو ورثه فيرده على مولاه.. لا جعل له؛ لأنه ردّه لنفسه، إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده.. فيكون له الجعل [١/٧٣٢] وهو متبرع في أداء الثمن.

وهذا - أي اشتراط الإشهاد - لسقوط الضمان من الراد إذا مات عنده، أو أبق عنده.

ولاستحقاقه الجعل على قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا ضمان عليه؛ أشهد أو لم يشهد، إذا قال: أخذته لأرده.

والقول قوله في ذلك مع يمينه إذا علم أنه كان آبقاً.

فلو أنكر المولى إباقه.. فالقول له؛ لأن سبب الضمان - وهو أخذه مال الغير بغير إذنه - ظهر من الرد، ثم ادّعى ما سقطه وهو إذن الشارع بإباقه والمالك منكر، ولذا: لا يجب الجعل إذا جاء به وأنكر المولى إباقه، إلا إن شهد شهود أنه آبق من مولاه، أو شهدوا على إقرار المولى بإباقه.

(ويضمن إن أبق منه)؛ أي: من الآخذ؛ لما ذكرناه من أن الآخذ بدون الإشهاد أمانة الآخذ لنفسه.

وَجُعِلَ الرَّهْنُ عَلَى الْمُزْتَهِنِ، وَجُعِلَ الْجَانِي عَلَى الْمَوْلَى إِنْ فَدَاهُ، وَعَلَى وَلِيِّ  
الْجِنَايَةِ إِنْ دَفَعَهُ.

وَجُعِلَ الْمَدْيُونُ مِنْ ثَمَنِهِ.

وَيَقْدَمُ عَلَى الدَّيْنِ إِنْ بَيَّعَ فِيهِ.

وَعَلَى الْمَوْلَى إِنْ أَدَاهُ عَنْهُ.

وَجُعِلَ الْمَوْهُوبُ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ.

وَإِنْ رَجَعَ الْوَاهِبُ فِي هَبِّهِ بَعْدَ الرَّدِّ.

(وجعل) - العبد الآبق - (الرهن على المرتهن)؛ لأن الراد أحيا المالية التي  
هي حق المرتهن؛ إذ استيفاء حقه منها، والجعل بمقابلة إحياء المالية، فيكون عليه؛  
سواء رده في حياة الراهن، أو بعد موته؛ وسواء كان قيمته مثل الدين، أو أقل منه.

وإن كانت أكثر منه.. فبقدر الدين على المرتهن، وجعل الزائد على الراهن.

(وجعل) - العبد الآبق - (الجانبي على المولى إن فداه)؛ لعود المنفعة إليه.

(وعلى ولي الجناية إن دفعه) المولى إليه؛ لعود المنفعة إلى ولي الجناية.

(وجعل) - العبد الآبق - (المديون من ثمنه) إن اختار المولى بيعه.

(ويقدم) الجعل (على الدين إن بيع) العبد (فيه)، أي: في الدين.

(وعلى المولى إن أداه)؛ أي: إن أدى المولى دين المديون (عنه)؛ أي: المديون؛

لأن الجعل مؤنة الملك، والملك في العبد المديون كالموقوف.. فيجب على من  
يستقر له.

(وجعل الموهوب على الموهوب له وإن) - وصلية - (رجع الواهب في هبته

بعد الرد)؛ أي: رد الموهوب الآبق؛ لأن منفعته للواهب ما حصلت بالرد، بل يترك

الموهوب له التصرف فيه بعد الرد بما يمنع رجوع الواهب في هبته من البيع والهبة

إلى الغير، ونحو ذلك من موانع الرجوع في الهبة.

## وَأَمْرُ نَفَقَتِهِ كَاللَّقْطَةِ وَالْمُدْبِرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ كَالْقَنْ.

ولم يذكر جعل العبد الأمانة، فهو على سيده على ما في «شرح المنظومة».

(وأمر نفقته) - أي: نفقة الأبق - (كاللَّقْطَةِ) على ما مر؛ لأنه لقطة حقيقة، فلو أنفق عليه الآخذ بلا أمر القاضي.. كان متبرعاً، ويأذنه.. كان له الرجوع، بشرط أن يقول: على أن ترجع، على الأصح.

وله أن يحبسه لنفقة الدين؛ فإن طالّت المدة ولم يجئ صاحبه [٧٣٢/ب].. باعه القاضي ويحفظ ثمنه، ولا يؤجره القاضي، بخلاف اللَّقْطَةِ، ولكن يحبسه تعزيراً له، بخلاف الضال، كذا في «المنح».

وقال في «الفصولين»: السلطان إذا ظفر بعبد أبق.. فهو بالخيار:

إن شاء.. أمسكه وأنفق عليه من بيت المال، فيكون ديناً على صاحبه أو في ثمنه.

وإن شاء.. باعه، والأولى: أن لا يعجل بيعه؛ فإن طال إمساكه.. فحيثئذ يبيعه، ولا يؤجره، بخلاف الضال حيث يؤجره.

وقال في «الخانية»: الرجل إذا أخذ عبداً أبقاً ورفع الأمر إلى القاضي.. فإن القاضي يأمر الذي في يديه أن ينفق عليه ويرجع على الولي بذلك، ولا يأمر العبد بالاكْتِسَابِ كي لا يأبق. انتهى.

وفي «النوازل»: كسب الأبق لمولاه؛ لأنه كسب عبده، وإن أجره الراد.. فالأجرة له، ولكن يتصدق بها.

(والمدبر وأم الولد كالقن) في لزوم الجعل؛ لأنهما ملكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن فجعلهما حينها: إبقاء على المولى، هذا إذا كان الرد في حياة المولى؛ لأن فيه إحياء ملكه، ولو ردهما بعد مماته.. فلا جعل فيهما؛ لأنهما يعتقان بموت المولى، ولا جعل في رد المكاتب؛ لأنه ليس بمملوك يدا.

وَإِنْ كَانَ الرَّادُّ أَبَ الْمَوْلَى، أَوْ ابْنَهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهِ، أَوْ وَصِيَّهُ، أَوْ أَحَدَ  
الزَّوْجَيْنِ.. فَلَا شَيْءَ لَهُ.  
وَالْمَالِكُ الصَّبِيُّ كَالْبَالِغِ.

(وإن كان الراد أب المولى أو ابنه، وهو؛ أي: كل منها (في عياله)؛ أي: عيال  
المولى، (أو وصية، أو أحد الزوجين.. فلا شيء له)؛ أي: للراد من الجعل؛ لأن  
هؤلاء يتبرعون بالرد عادة، ولأن الوصي هو الذي يتولى الرد فيه بنفسه للصبي.  
(والمالك الصبي كالبالغ) حيث يكون الجعل في ماله؛ لأنه مؤنة ملكه.

قال في «شرح المنظومة»: صاحب العبد الآبق على سبعة أوجه: رجل أو امرأة،  
أو حر أو عبد، أو مسلم أو ذمي، أو كبير أو صغير، مفيق أو مجنون، مكاتب أو  
مستسعى، غني أو فقير، وفي كلها: عليه الجعل. انتهى.  
فكانه جعل كل زوجين وجهاً واحداً.

\* \* \*

# (كتاب المفقود)



## (كِتَابُ الْمَفْقُودِ)

هُوَ غَائِبٌ لَا يُدْرَى مَكَانُهُ، وَلَا حَيَاتُهُ، وَلَا مَوْتُهُ.

فَيَنْصَبُ لَهُ الْقَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَسْتَوْفِي حَقَّهُ.....

## (كِتَابُ الْمَفْقُودِ)

(هو) في الشرع: (غائب لا يدري مكانه، ولا حياته، ولا موته).

ثم شرع في بيان حكمه فقال: (فينصب له القاضي من يحفظ ماله ويستوفي حقه)؛ لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه؛ كالصبي والمجنون، والمفقود: كذلك.

والمراد باستيفاء حقه: أن يقبض غلات عقاراته، والدين الذي أقر به غريمه؛ لأنه من باب الحفظ، ويخاصم في كل دين وجب بعقد نفسه؛ لأنه أصيل في حقوق هذا الدين، ولا يخاصم في الدين الذي تولاه المفقود بنفسه [٧٣٢/١]، ولا في نصيب له في عقار، أو عروض في يد رجل، ولا في حقوق جحدها من هي عنده أو عليه؛ لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي، وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف؛ لأنه يلي الحفظ دون الخصومة فكذا نائبه.

وإنما الخلاف في الوكيل من جهة المالك بقبض الدين، هل يملك الخصومة

أم لا؟

عند أبي حنيفة: يملكها.

وعندهما: لا على ما في محله.

فإذا لم يملك وكيل القاضي الخصومة؛ فلو قضى القاضي بخصومته.. كان قاضياً بالدين للغائب وقاضياً عليه، فيما لو ادعى إنسان على المفقود ديناً، أو وديعة، أو شركة في عقار، أو رقيق، أو رد بعيب، أو مطالبة لاستحقاق، والقضاء للغائب وعلى الغائب.. لا يجوز، والبينة عليه: لا تسمع؛ لأنهما إنما يسمعان على خصم

مِمَّا لَا وَكِيلَ لَهُ فِيهِ وَيَبِيعُ مَا يُخَافُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ، .....

حاضر، وهذا الوكيل ليس خصماً، والورثة إنما يصيرون خصماً بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد، فيكون قضاءً على الغائب وهو لا يجوز، إلا إذا رأى القاضي مصلحة في الحكم للغائب وعليه.. فحيثُ ينفذ حكمه؛ لأنه مجتهد فيه.

فإن قيل: المجتهد فيه نفس القضاء.. فينبغي أن يتوقف نفاذه على إمضاء قاضٍ آخر؛ كما لو كان القاضي محدوداً في قذف.. فإن نفاذ قضائه موقوف على أن يمضيه قاضٍ آخر.

أجيب: بأن المجتهد فيه سبب القضاء، وهو: أن هذه البينة، هل تكون حجة من غير خصم حاضر، أو لا؟

فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها.. نفذ قضاؤه؛ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف، كذا في «الخلاصة»، وقال: والفتوى على هذا.

(مما لا وكيل له) - أي: للمفقود - (فيه)؛ أي: في حقه، وأما إذا كان له وكيل فيه.. فيتصرف وكيله فيه، لا من نصبه القاضي.

(ويبيع) القاضي (ما يخاف عليه) الفساد (من ماله)؛ كالثمار ونحوها؛ لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه، فينظر للغائب بحفظ معناه، ولا يبيع ما لا يخاف فسادَه منقولاً كان أو عقاراً، في نفقة ولا في غيرها؛ لأن القاضي لا ولاية له على الغائب إلا في الحفظ.. فلا يجوز غيره.

بخلاف الوصي؛ فإنه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب؛ لأن ولايته نائبة فيما يرجع إلى حق الموصي، ويبيع العروض فيه معنى حقه، وربما يكون حفظ الثمن للإيصال إلى ورثته أيسر، وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود إلا في الحفظ.

وفي «الخلاصة» [٧٢٣/ب]: للقاضي بيع ما يتسارع إليه الفساد من عروض ماله، وليس له أن يبيع عقاره استحساناً.

والقياس: أنه ليس له بيع العروض أيضاً، وهو قولهما.



وَيُنْفَقُ عَلَى زَوْجَتِهِ وَقَرِيْبِهِ وَوَلَدًا.

وفي «العمادية» عن «غريب الرواية»: للقاضي بيع منقولات المفقود، ولا ينبغي أن يبيع عقاره، ولو باع.. جاز.

وفي «فتح القدير» نقلاً عن «المبسوط»: قال أبو حنيفة: إن كان للغائب أب محتاج.. فلأب أن يبيع شيئاً من عروضه وينفقه عليه، وليس له بيع العقار، وهو استحسان.

وفي القياس: ليس له بيع العروض، وهو قولهما.

وذكر الكرخي: أن محمداً ذكر قول أبي حنيفة في «الأمالي»، وقال: هو حسن. وجه الاستحسان: أن الأب، وإن زالت ولايته.. بقي أثرها، حتى صح استيلاده جارية ابنه، مع أن الحاجة إلى ذلك ليس من أصول الحوائج، وإذا ثبت أثر ولايته.. كان كالوصي في حق الوارث الكبير، وللوصي بيع العروض دون العقار.

(وينفق) من ماله من الدراهم والدنانير؛ سواء كانت موجودة في بيته، أو من ثمن ما يبيع مما خيف فسادُه؛ لأنها قيمة ما يستحقونه من الطعام والشراب واللباس. ولو كان له من جنس ما يستحقونه.. دفعه إليهم.

وإن كان ماله ديناً أو وديعة؛ فإن اعترف المديون والمودع بالمال والزوجية والنسب.. أنفق عليهم منه.

وإن كان ذلك ثابتاً عند القاضي.. لا حاجة إلى اعترافهم.

ولو أنفق المديون والمودع عليهم بغير إذن القاضي.. ضمنا؛ لأنهما ما أوصلا الحق إلى مالكة، ولا نائبه.

(على زوجته وقريبه وولادها) كأولاده وأبويه وجده وإن علا؛ لأن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي.. ينفق عليه من ماله عند غيبته؛ لأن القضاء حيثئذ يكون إعانة، وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء.. لا ينفق عليه من ماله؛ لأن النفقة حيثئذ تجب بالقضاء، ولا قضاء على الغائب.

وَهُوَ حَيٌّ فِي حَقِّ نَفْسِهِ: لَا تُنكَحُ امْرَأَتُهُ، وَلَا يُقَسَمُ مَالُهُ، وَلَا تُفْسَخُ إِجَارَتُهُ.  
 مَيِّتٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِ: فَلَا يَرِثُ مِمَّنْ مَاتَ حَالُ فَقْدِهِ؛ إِنْ حُكِمَ بِمَوْتِهِ،  
 فَيُوقَفُ نَصِيبُهُ مِنْهُ كَلًّا أَوْ بَعْضًا إِلَى أَنْ يُحْكَمَ بِمَوْتِهِ.  
 فَإِنْ جَاءَ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهِ.. فَهُوَ لَهُ، وَإِلَّا.. فَلِمَنْ يَرِثُ ذَلِكَ الْمَالُ لِمَوْلَاهُ.

فمن قبيل الأول: الأولاد الصغار مطلقاً، والإناث من الأولاد الكبار، والزمن من الذكور والكبار.

ومن الثاني: الأخ والأخت، والخال والخالة، والعم والعمة.

(وهو؛ أي: المفقود (حي في حق نفسه)؛ لأنه قد كان حياً فيستصحب عليه.  
 (لا تنكح امرأته) لقوله ﷺ: «وهي امرأته حتى يأتيها البيان»؛ أي: بالموت، أو  
 الطلاق. ولقول علي رضي الله عنه في امرأة المفقود: «هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى  
 يستبين موث أو طلاق».

ولأن النكاح عرف يقيناً فيستصحب [٧٣٤/أ] عليه حتى يستبين علة التفرقة.

(ولا يقسم ماله، ولا تفسخ إجارته)؛ لعدم تحقق الموت.

(ميت في حق غيره.. فلا يرث ممن مات) من مورثه. (حال فقده)؛ لأن الحكم بحياته ثبت بالاستصحاب، والاستصحاب إنما يكون حجة عندنا: لدفع استحقاق الغير ماله، لا لإثبات استحقاق مال الغير، وكذا لا يستحق لما أوصي له إذا مات الموصي، لكنه ليس على إطلاقه، بل (إن حكم بموته) بمضي المدة المضروبة على ما سيأتي ذكرها، أو بمجيء خبر موته يقيناً.

وأما قبل الحكم بموته (.. فيوقف نصيبه منه)؛ أي: ممن مات من مورثه.

(كلأ أو بعضاً، إلى أن يحكم بموته؛ فإن جاء قبل الحكم به)؛ أي: إن علم حياته قبل الحكم بموته (.. فهو)؛ أي: نصيبه (له)؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يعلم حياته قبل الحكم بموته (.. فلمن يرث ذلك المال لمولاه)؛ أي: المفقود أيضاً لا للحق إلى مستحقة.

قال في «الهداية»: الأصل ههنا: أنه لو كان مع المفقود وارث.. لا يحجب بالمفقود حجب حرمان، ولكنه ينقص حقه به فيعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي.

وإن كان معه وارث يحجب به.. لا يعطى أصلاً، بيانه: رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن وابنة ابن، والمال الموروث في يد أجنبي، وتصادق الأجنبي والورثة على فقد الابن، وطلبت البنتان الميراث.. يعطيان النصف؛ لأنه متيقن به؛ لأن أخاهما المفقود إن كان حياً.. فلهما النصف، وإن كان ميتاً.. فلهما الثلثان؛ فالنصف متيقن فيعطيه ويوقف النصف الآخر في يد الأجنبي الذي هو في يده، ولا يعطى ولد الابن شيئاً؛ لأنهم يحجبون بالمفقود لو كان حياً، ولا يستحق الميراث بالشك، ولا ينزع من يد الأجنبي، إلا إذا ظهرت خيانتة؛ فإنه حينئذ يؤخذ الفضل الباقي منه ويوضع على يدي عدل لظهور خيانتة، ولو كانوا لم يتصادقوا على فقد الابن، بل قال الأجنبي الذي في يده المال: مات المفقود قبل أبيه.. فإنه يجبر على دفعه الثلثين للبنتين؛ لأن إقراره معتبر فيما في يده، وقد أقر أن ثلثيه للبنتين.. فيجبر على دفعه لهما، ولا يمنع إقراره قول أولاد الابن: أبونا أو عمنا مفقود؛ لأنهم بهذا القول لا يدعون لأنفسهم شيئاً، ويوقف الثلث الباقي في يده.

ولو كان المال في يد البنتين وتصادقوا على الفقد.. لا يحول المال من موضعه، ولا يؤخر شيء [٧٣٤/ب] للمفقود، بل يقضى للبنتين بالنصف ميراثاً، ويوقف النصف في أيدي البنتين في حكم ملك الميت؛ فإن ظهر المفقود حياً.. دفع إليه، وإن ظهر ميتاً.. أعطي البنتان سدس كل المال من ذلك النصف، والثلث الباقي لولد الابن؛ للذكر مثل حظ الأنثيين.

ولو قالت البنتان: مات أخونا وليس بمفقود، وقال ولد الابن: بل مفقود، والمال في أيديهما.. أعطيتا الثلثين ووقف الثلث؛ لأنهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في أيديهما؛ فإن ظهر حياته.. أخذ منهما السدس له.

ولو كان المال في يد ولد المفقود واتفقوا أنه مفقود.. يعطي البنتان النصف؛ لأنهما إنما ادعياه بالإقرار بفقده، ويوقف النصف الآخر في يد من كان في يده من غير أن يقضى به لهما لا بينهما.

ولو ادعى ولد المفقود أن أباهما مات.. لم أدفع إليهما شيئاً حتى تقوم البينة على موته قبل أبيه، أو بعده.

فإن قامت البينة على موته قبله.. يعطى لهم الثلث والثلثان للبنتين؛ لأن الميت على هذا مات عن بنتين وأولاد ابن.

وإن قامت عليه بعده.. يعطى لهم النصف؛ لأن الميت على هذا مات عن بنتين وابن عمّ مات الابن عن ولد، كذا في «فتح القدير».

ونظير مسألة المفقود في وقف الميراث عند الشك في النصيب: الحمل؛ فإنه يوقف له ميراث ابن واحد، عند محمد، وفي رواية عن أبي يوسف، وعليه الفتوى على ما في «الهداية».

وعند أبي حنيفة: يوقف له ميراث أربع بنين.

وفي رواية عن محمد: ميراث ثلاثة بنين.

وفي أخرى عنه: نصيب ابنين:

فلو كان مع الحمل وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل.. يعطى كل نصيبه للتيقن به على كل حال؛ كما إذا ترك امرأة حاملاً وجدة.. فإن للجدّة السدس؛ لأنه لا يتغير فريضتها بالحمل.

وكذا إذا ترك أبناء وامرأة حاملاً وجدة.. فإن للجدّة السدس؛ لأنه لا تتغير فريضتها بالحمل.

وكذا إذا ترك أبناء وامرأة حاملاً.. تعطى المرأة الثمن؛ لأنه لا تتغير فريضتها بالحمل.

وَإِذَا مَضَى مِنْ عُمُرِهِ مَا لَا يَعِيشُ إِلَيْهِ أَقْرَانُهُ .....

وإن كان ممن يسقط بالحمل.. لا يعطى؛ كابن الابن والأخ أو العم.  
فإنه لو ترك امرأة حاملاً، وأخاً أو عمّاً.. لا يعطى الأخ والعم شيئاً؛ لأن من  
الجبائر أن يكون الحمل ابناً فيسقط معه الأخ والعم؛ فلما كان ممن يسقط بحال..  
كان أصل الاستحقاق له مشكوكاً، فلا يعطى شيئاً لذلك.

وإن كان ممن يتغير به.. يعطى الأقل المتيقن به كالزوجة والأم.  
فإنه إن كان الحمل حياً: ترث الزوجة الثمن والأم السدس.  
وإن لم يكن حياً: فهما ترثان الربع والثلث، فتعطيان [٧٣٥/١] الثمن والسدس  
المتيقن كما في المفقود.

فإنه إذا ترك الرجل جدة وابناً مفقوداً.. فللجدة السدس؛ لأنه لا يتغير نصيبها.  
وكذلك لو ترك أخاً وابناً مفقوداً.. لا يعطى الأخ شيئاً.  
وكذلك لو ترك أمّاً وابناً مفقوداً؛ فإنه إن كان المفقود حياً.. تستحق الأم  
السدس، وإن كان ميتاً.. تستحق الثلث كما في الحمل.

(وإذا مضى من عمره) - أي: من عمر المفقود من يوم ولد - (ما لا يعيش إليه  
أقرانه)؛ أي: بموت جميع أقرانه ولم يبق واحد منهم؛ كما في «الخلاصة»، وهذا هو  
المراد بما في «الهداية».

وفي ظاهر الرواية: يقدر بموت الأقران، قالوا: وجهه: أن من النوادر أن يعيش  
الإنسان بعد موت أقرانه، فلا يبنى عليه الحكم؛ لأن النادر كالمعدوم، ثم اختلفوا،  
فذهب بعض المشايخ: إلى أن المعتبر: موت أقرانه من جميع البلاد، وذهب آخرون:  
إلى أن المعتبر: موت أقرانه.

فإن الأعمار فيه تختلف طويلاً وقصراً بحسب الأقطار بحسب إجراءاته تعالى  
عادته، ولأن في اعتبار جميع البلاد حرجاً كثيراً في معرفة موتهم من البلدان، بخلافه  
من بلده.. فإنما فيه نوع حرج.

وَقِيلَ: تَسْعُونَ سَنَةً، وَقِيلَ: مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً - حُكِمَ بِمَوْتِهِ فِي حَقِّ مَالِهِ حَيْثُذ؛ فَلَا يَرِثُهُ مَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ، وَتَعْتَدُ زَوْجَتُهُ لِلْمَوْتِ عِنْدَ ذَلِكَ.

(وقيل: تسعون سنة)، قالوا: وهو الأرفق؛ لأنه الغالب في أعمار أهل زماننا.

وفي التمرتاشي و«الخلاصة»: وعليه الفتوى.

(وقيل: مئة وعشرون سنة)، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ لأن الأعمار في زماننا قل ما تزيد على مئة وعشرين، بل لا يسمع أكثر من ذلك.. فيقدر بها تقديراً بالأكثر.

وعن أبي يوسف: مئة سنة.

وقيل: المختار: أن يفوض إلى رأي الإمام.

(حكم بموته)؛ أي: بإقامة البينة على وكيله، أو من في يده ماله، كذا في «الفهستاني» نقلاً عن «المحيط».

(في حق ماله حيثُذ)؛ أي: حين مضي المدة.

الظاهر: أنه قيد للحكم لا للحال على ما ظن.. (فلا يرثه من مات قبل ذلك) المدة المضروبة؛ لأن الإرث مداره موت المورث، ولم يتعين ذلك حين موت ذلك الوارث، ويقسم ماله بين من كان وارثاً في ذلك الوقت.

وكذا يحكم بموته في حق مال غيره عند مضي تلك المدة من حين فقده، حتى يرد ما وقف له إلى من يستحقه من وارث مورثه.

(وتعتد زوجته للموت) أربعة أشهر وعشراً (عند ذلك) الوقت المضروب للحكم بموته عنده.

# (كتاب الشركة)





## (كِتَابُ الشَّرِكَةِ)

### (كِتَابُ الشَّرِكَةِ)

أورده عقيب المفقود لتناسبها بوجهين: كون مال أحدهما أمانة [٧٣٥/ب] في يد الآخر؛ كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر.

وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود؛ كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حي، وهذه مناسبة خاصة بينهما، والأولى عامة فيهما، وفي الآبق واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط.

قال في «العناية»: الشركة عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعداً؛ بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر.

ورده في «فتح القدير» وقال: الشركة لغة: خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر، وما قيل: إنه اختلاط النصيبين.. تساهل؛ فإن الشركة اسم المصدر، والمصدر مصدر شركت الرجل أشركه شركاً، فظهر أنها فعل الإنسان، وفعله الخلط.

وأما الاختلاط: فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس له اسم من المادة، ولا يظن أن اسمه الاشتراك؛ لأن الاشتراك فعلهما أيضاً، مصدر اشترك الرجلان، افتعال من الشركة، ويعدى إلى المال بحرف «في»، فيقال: اشتركا في المال؛ أي: حققا الخلط فيه، والمال مشترك فيه. انتهى.

أقول: والذي ظهر منه: أن الشركة لم تجع مصدراً، وإنما المصدر: هو الشرك، وهو مخالف لما في «المصباح» قال: شركته في الأمر - الشركة من باب تعب، شَرِكاً، وشَرِكَة، وزان: كَلِمٌ وكَلِمَةٌ بفتح الأول وكسر الثاني - إذا صرت له شريكاً، ثم خفف المصدر بكسر الأول وسكون الثاني، واستعمال المخفف أغلب، فيقال: شرك وشركة؛ كما يقال: كلم وكلمة على التخفيف. انتهى.

هِيَ ضَرْبَانِ شَرَكَةٌ مِلْكٌ، وَشَرَكَةٌ عَقْدٌ.  
فَالْأُولَى: أَنْ يَمْلِكَ اثْنَانِ عَيْنًا؛ إِرْثًا، أَوْ شِرَاءً، أَوْ اتِّهَابًا، أَوْ اسْتِيْلَاءً، أَوْ  
اخْتِلَاطَ مَالَهُمَا بِحَيْثُ لَا يَتَمَيَّزُ، أَوْ خَلْطًا.

فقد صرح: بأن الشركة والشرك مصدر شركت، وهكذا صرح في «المغرب»  
أيضاً.

فعلم منه: أن الشركة في اللغة: بمعنى المصدر، لا اسم المصدر؛ نعم يقال: إنه  
في عرف الفقهاء اسم المصدر؛ سواء كان شركة ملك، أو شركة عقد.  
وفي «فتح القدير»: أن ركن هذه الشركة: اختلاطهما، وركن شركة العقد: هو  
اللفظ المفيد له.

(هي ضربان: شركة ملك)، ولا يخفى عليك أن لفظ الشركة المضافة إلى  
الملك أعم من كل من التفسيرين السابقين؛ أعني: الخلط والاختلاط. تأمل.  
(وشركة عقد) هذه الإضافة بيانية؛ لأنه سمي العقد الخاص بها، ويقال: إنه  
إضافة الاسم إلى المسمى.

(فالأولى: أن يملك اثنان عيناً إرثاً، أو شراءً، أو اتهاباً، أو استيلاءً) بأن استوليا  
على مال حربي في دار الحرب، أو في دارنا فإنهما يشتركان فيه بالاستيلاء.  
(أو اختلط [١/٧٣٦] مالهما) من غير صنع من أحدهما بأن انفتق كيساهما  
المتجاوران فاختلط ما فيهما؛ وكاختلاط الحنطة بالحنطة، أو بالشعير من غير صنع.  
(بحيث لا يتميز) أصلاً، أو بالخرج.

(أو خلطاه) بحيث لا يتميز أصلاً أو بخرج؛ كما في اختلاط الحنطة بالشعير؛  
فإنه وإن أمكنه التمييز.. لكنه عسير، والخرج مدفوع.

ولا يخفى عليك أن قوله: «عيناً» يخرج الشركة في الدين.

وقد ذكروا: أن من شركة الأملاك: الشركة في الدين، ثم اختلفوا فيه:

## وَكُلُّ مِنْهُمَا أَجْنَبِيٌّ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ.

فقال بعضهم: إنه مجاز؛ لأن الدين وصف شرعي لا يملك، فلا يصح إدراجه في شركة الأملاك.

وقال بعضهم: بل يملك شرعاً، ولذا جاز هبته ممن عليه. وأجيب عنه: بأن الهبة مجاز عن الإسقاط، ولذا لم تجز هبته من غير من عليه الدين.

وقال في «فتح القدير»: والحق: ما ذكروه من ملكه، وكذا ملك ما عينه من العين على الاشتراك، حتى إذا دفع من عليه إلى أحدهما شيئاً.. كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ، وليس له أن يقول: هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك، ولا يصح من المديون أيضاً أن يعطيه شيئاً على أنه قضاء وأخر الآخر.

قالوا: والحيلة في اختصاص الأخذ بما أخذ دون شريكه: أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته.

ثم شرع في بيان حكم هذه الشركة فقال: (وكل منهما أجنبي في نصيب الآخر)؛ لعدم تضمن هذه الشركة وكالة؛ فإذا كان أجنبياً.. لا يجوز تصرفه في نصيب الآخر إلا بإذنه.

قال في شركة «قاضي خان»: ولا يجوز لأحد شريكي الملك أن يتصرف في العين المشتركة بغير إذن الشريك تصرفاً يتضرر به الشريك.

رجلان بينهما بيع، حمل أحدهما عليه شيئاً من القرية إلى المصر فسقط البعير في الطريق فنحره، قالوا: إن كان يرجى حياته.. يضمن حصة شريكه، وإن كان لا يرجى.. لا يضمن؛ لأنه مأمور بالحفظ، والنحر في هذه الحالة حفظ، وإن نحره أجنبي.. يضمن على كل حال في الصحيح من الجواب.

وَيَجُوزُ بَيْعُ نَصِيْبِهِ مِنْ شَرِيْكِهِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ، وَمِنْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ .....

رجلان بينهما دار غير مقسومة، غاب أحدهما.. كان للآخر أن يسكن مقدار حصته في كل الدار.

وكذا الخادم إذا كان مشتركاً وأحدهما غائب.. كان للحاضر أن يستخدم الخادم حصته.

وفي الدابة المشتركة: لا يركبها أحدهما؛ لأن الناس [يتفاوتون] [٧٣٦ب] في الركوب، فلم يكن الغائب راضياً بركوب الشريك.

وفي الخادم والدار: لا يتفاوتون في السكنى والخدمة.

والكرم والأراضي: لو كانا مشتركين بين رجلين وأحدهما غائب، أو كانت الأرض بين يتيم وبالع.. يرفع الأمر؛ فإن لم يرفع الأمر إلى القاضي وزرع بحصته.. طاب له.

وفي الكرم: يقوم الحاضر، وإذا أدرك الثمر.. يبيعها ويأخذ حصته من الثمن، وتوقف حصة الغائب، وإذا قدم الغائب.. خير؛ إن شاء.. ضمنه القيمة، وإن شاء.. أخذ الثمن. انتهى.

وفي «فتاوى ابن نجيم»: سئل عن أرض بين جماعة عن سبيل الشركة فبنى أحدهم فيها، أو غرس بغير إذن الباقيين، فهل لهم القلع أم لا؟

أجاب: إن لم يرضوا بذلك.. تقسم الأرض؛ فإن وقع نصيبه فيما بنى أو غرس.. فهو له، وإن وقع مناقض الباقيين.. قلعه وضمن ما نقصت الأرض بذلك. انتهى.

(ويجوز بيع نصيبه من شريكه في جميع الصور) المذكورة من تملكها إرثاً، أو شراءً، أو اتهاباً، أو استيلاءً، أو اختلاطاً أو خلطاً.

(ومن غيره)؛ أي: من غير شريكه وهو الأجنبي (بغير إذنه)؛ أي: إذن شريكه.

وأما إجارته من غيره بغير إذنه.. فلا يجوز عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

فِيمَا عَدَا الْخُلْطِ وَالْاِخْتِلَاطِ، فَلَا يَجُوزُ بِلَا إِذْنِهِ.  
وَالثَّانِيَةُ: أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا: شَارَكْتُكَ فِي كَذَا، وَيَقْبَلُ الْآخَرُ.

(فيما عدا الخلط والاختلاط.. فلا يجوز) بيع نصيبه في الخلط والاختلاط من الأجنبي (بلا إذن)؛ أي: بلا إذن شريكه.

والفرق على ما في «الفتاوى الظهيرية»: أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة مثلاً، أو ثوباً.. كانت كل حبة مشتركة بينهما، فيبيع كل منهما نصيبه شائعاً جائز من الشريك والأجنبي.

بخلاف ما إذا كانت بالخلط، أو بالاختلاط؛ لأن كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها شركة؛ فإذا باع نصيبه من غير الشريك.. يتوقف على إذنه.

بخلاف بيعه من الشريك؛ لقدرته على التسليم والتسلم.

وذكر شيخ الإسلام في الفرق: إن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله إلى الخالط؛ فإذا حصل بغير تعدد.. كان سبب الزوال ثابتاً من وجه، دون وجه، فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك؛ كأنه يبيع ملك نفسه عملاً بالشبهين.

ورده في «فتح القدير»: بمنع ثبوت الزوال من وجه، مستنداً بأن تمام السبب [٧٣٧/١] فيه هو التعدي، فعند عدمه: لا يثبت من وجه، وإلا.. لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل أسبابها.

وأيضاً: فالزوال إلى الخالط عيناً لا إلى كل واحد منهما، فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك الآخر عند البيع من الأجنبي، بل المترتب عليه: اعتباره زائلاً إلى الشريك الخالط فقط إذا باع من الأجنبي. انتهى.

(والثانية: أن يقول أحدهما: شاركتك في كذا ويقبل الآخر)، ويقول: قبلت.

وركنها: الإيجاب وَالْقَبُولُ.

وَشَرْطُهَا: عَدَمُ مَا يَقْطَعُهَا؛ كَشَرْطِ ذَرَاهِمٍ مُعَيَّنَةٍ مِنَ الرِّبْحِ لِأَحَدِهِمَا.

وَهِيَ أَرْبَعَةُ أَنْوَاعٍ:

(وركنها: الإيجاب)؛ بأن يقول أحدهما: شاركتك في عموم التجارات، أو في كذا من المال، (و) كذا (القبول) من الآخر.

(وشرطها: عدم ما يقطع كشرط دراهم معينة من الربح لأحدهما)؛ فإنه يقطع الشركة؛ لاحتمال أن لا يبقى بعد هذه الدراهم المعينة ربح يشتركانه.

فإن قيل: إنهم قد صرحوا - وسيأتي في الكتاب مصرحاً - : أنه يجوز اشتراط الزيادة في الربح لأحدهما.

قلنا: المراد بالزيادة ههنا: هي الزيادة المعينة مثل عشرة دراهم، أو خمسة عشر ونحوها من مراتب العدد.

والمراد بما سيأتي: هي الزيادة بلا تعيين؛ كاشتراط الثلثين لأحدهما، والثلث للآخر من الربح.. فلا منافاة بينهما.

(وهي) أي: الثانية (أربعة أنواع) مفاوضة وعنان وصنائع ووجوه.

وجه الحصر فيها على ما ذكرنا: أن العقد إما أن يذكر فيه مال أو لا، والأول: إما أن يشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ونفعه وضره أو لا.

فإن شرطاً ذلك.. فهو المفاوضة، وإلا.. فهو العنان.

والثانية؛ أما إن شرط العمل في مال الغير أو لا.. فالأول: الصنائع، والثاني: الوجوه.

واعترض عليه: بأنه يقتضي أن يكون كل من الصنائع والوجوه قسماً مقابلًا للمفاوضة والعنان، وليس كذلك؛ لأن كلاً من المفاوضة والعنان قد يجامع بكل من الصنائع والوجوه على ما سيظهر.

فالأوجه: ما ذكره الطحاوي والكرخي: أن الشركة على ثلاثة أوجه:

شَرَكَةٌ مُفَاوِضَةٌ، وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَ مَتَسَاوِيَانِ تَصَرُّفًا وَدِينًا وَمَالًا وَرِبْحًا.

شركة بالأموال، وشركة بالأعمال، وشركة بالوجوه.

وكل من الأعمال والوجوه على وجهين: مفاوضة وعنان.

فالأول: (شركة مفاوضة: وهي أن يشترك شخصان (متساويان تصرفاً ودينًا ومالاً).

والمراد بالمال: ما تصح الشركة فيه، ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح الشركة فيه [٧٣٧/ب]، كذا في «الهداية».

(وربحاً)؛ لأنها شركة عامة في جميع التجارات، يفوض كل منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق؛ لأنها مأخوذة من التفويض، أو الفوض الذي منه: أفاض الماء؛ إذا عم وانتشر.

والمفاوضة: المساواة.. فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه، فيعم التساوي ابتداءً وانتهاءً، وذلك يكون في هذه الأمور الأربعة.

والمراد بالابتداء: ابتداء العقد، والانتهاء: مدة البقاء.

وهذا لأن عقد الشركة عقد غير لازم؛ فإن لكل منهما أن يفسخه إذا شاء.. فكان لبقائه حكم الابتداء، فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال.. يمنع بقاءه أيضاً، حتى لو كان المالان سواء يوم العقد، ثم إذا زادت قيمة أحدهما قبل الشراء.. فسدت المفاوضة وصارت عناناً.

بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين؛ لأن الشركة انتقلت إلى المشتري؛ فإنما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه.

ولو اشتريا بجميع مال أحدهما، ثم فضل مال الآخر:

ففي القياس: تفسد المفاوضة.

وفي الاستحسان: لا تفسد؛ لأن الشراء بالمالين جميعاً قلما يتعين، فيلزم باشرطه حرج، ولأن المساواة قائمة معنى؛ لأن الآخر لما ملك نصف المشتري..

وَتَتَضَمَّنُ الْوَكَالَةَ وَالْكَفَالَةَ.....

صار نصف الثمن مستحقاً عليه لصاحبه، ونصف ما لم يستحق به لصاحبه، غير أنه لا يشترط اتحادهما صفة؛ فلو كان لأحدهما دراهم سود، وللآخر مثلها بيض وقيمتاهما متساوية.. صحت المفاوضة، بخلاف لو زادت.. صارت عناناً.

وكذا لو كان لأحدهما ألف وللآخر مئة دينار قيمتها ألف.. صحت؛ فإن زادت.. صارت عناناً.

وكذا لو ورث أحدهما دراهم أو اتهبها.. تنقلب عناناً، كذا في «فتح القدير».

(وتتضمن)؛ أي: شركة المفاوضة: (الوكالة)، شرطت الوكالة في كل صور عقود الشركة؛ ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً فيه بينهما، فيتحقق حكم المقصود من العقد وهو الشركة في الربح؛ لأنه لو لم يكن كل منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف أصيلاً في الآخر.. لا يكون المستفاد مشتركاً؛ لاختصاص المشتري بالمشتري، فلا يكون مختصاً بالمفاوضة، وإنما المختص بها هو الكفالة.

فإن قيل: الوكالة بالمجهول لا تجوز.. فوجب أن لا تجوز هذه الشركة؛ لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس؛ كما إذا وكله بشراء ثوب ونحوه.

أجيب: بأن التوكيل بمجهول لا يجوز قصداً [٧٣٨/١]، ويصح ضمناً، حتى صحت المضاربة مع الجهالة؛ لأنها توكيل بشراء شيء مجهول في ضمن عقد المضاربة، ولأن الجهالة إنما تفسد العقد؛ لكونها مفضية إلى المنازعة، لا لذاتها، وهنا لا تفضي إلى المنازعة.. فتجوز.

(والكفالة): وهي مختصة بالمفاوضة؛ لتحقيق معنى المساواة المعتبرة في المفاوضة.

فإن قيل: إن الكفالة لا تجوز إلا بقبول المكفول له في المجلس، فكيف جازت هنا مع جهالته؟



فَلَا تَجُوزُ بَيْنَ مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ، خِلَافاً لِأَبِي يُوسُفَ، .....

أجيب عنه: بأن ذلك في الكفالة القصدية لا في الكفالة الضمنية، وهنا ضمني لا قصدي.

واعلم: أن شركة المفاوضة جائزة في قول أصحابنا استحساناً.

والقياس: أن لا تجوز، وهو قول الشافعي.

وقال مالك: لا أعرف ما المفاوضة.

وجه القياس: أنها تضمنت الوكالة والكفالة المجهولتين، وكل بانفراده فاسد.. فاجتماعهما يزيد فساداً.

والجواب عنه: ما ذكرناه آنفاً.

ووجه الاستحسان قالوا: إنه أمران:

أحدهما: ما روي عن النبي ﷺ: «فاوضوا؛ فإنه أعظم للبركة».

والثاني: تعامل الناس؛ فإنهم تعاملوا بها من غير نكير، وبه يترك القياس؛ لأن التعامل كالإجماع.

(فلا تجوز) شركة المفاوضة (بين مسلم وذمي) عند أبي حنيفة ومحمد.

(خِلَافاً لِأَبِي يُوسُفَ)؛ فإنه قال تجوز مع الكراهة؛ لتساويهما في الوكالة والكفالة.

ولا تعتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما؛ كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي؛ فإنها جائزة مع تفاوتهما في أمر؛ فإن التصرف في متروك التسمية عامداً: جائز عنده، لا عندنا.

وفي المثلث: جائز عندنا لا عنده.

وإنما كره؛ لأن الذمي ربما لا يهتدي إلى الجائز من العقود فيصير سبباً لوقوع المسلم في الحرام.

وَلَا بَيْنَ حَرٍّ وَعَبْدٍ، وَبَالِغٍ وَصَبِيٍّ، وَلَا بَيْنَ صَبِيٍّ، أَوْ عَبْدَيْنِ، أَوْ  
مَكَاتِبَيْنِ.

وَلَا بُدُّ مِنْ لَفْظِ الْمُفَاوَضَةِ، أَوْ بَيَانِ جَمِيعِ مَقْتَضِيَّاتِهَا.

ولهما: أنه لا تساوي في التصرف؛ فإن الذمي لو اشترى برأس المال خمراً أو  
خنزيراً.. يجوز، ولا يجوز ذلك للمسلم.

(ولا بين حر وعبد، وبالع وصبى)؛ لانعدام المساواة؛ فإن الحر البالغ يملك  
التصرف والكفالة، بخلاف العبد والصبى؛ فإنهما لا يملكان إلا بإذن المولى والولي.  
(ولا بين صبيّين أو عبيدين أو مكاتبين)؛ لانعدام صحة الكفالة وإن أذن ولي  
الصبيين ومولى العبدین.

(ولا بد) في انعقاد المفاوضة (من لفظ المفاوضة)؛ لبعد شرائطها عن علم  
العوام، وذلك بأن يقول: فافضتك في كذا.

(أو بيان جميع مقتضياتها).. فحيث لا حاجة إلى ذكر لفظ المفاوضة؛ لأن  
المعتبر هو المعنى [٧٣٨/ب]، واللفظ وسيلة إلى إفهامه.

قال في «فتح القدير»: فإن قيل: من أين اشتراط المساواة في المال؟

قلنا: هذا أمر يرجع إلى مجرد الاصطلاح، وذلك أن الشركة - في صورة يكون  
الشريكان متساويي المالين على وجه التفويض على العموم - جائزة بلا مانع؛ كما  
في صورة عدم تساويهما.

فقلنا: إن عقدا على الوجه الأول.. سمي الشركة مفاوضة، وإلا.. سميها  
عناناً، غير أننا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور؛ لجعلنا إياه علماً  
على تمام المساواة في أمر الشركة؛ فإذا ذكرها.. ثبتت أحكامها إقامة للفظ مقام  
المعنى، بخلاف ما إذا لم يذكرها؛ لعدم تحقق رضاها بأحكامها، إلا أن يذكر إتمام  
معناها بأن يقول أحدهما وهما حران بالغان مسلمان، أو ذميان: شاركتك في جميع  
ما أملك من نقد، وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في

وَلَا يُشْتَرَطُ تَسْلِيمُ الْمَالِ، وَلَا خَلْطُهُ.

وَمَا اشْتَرَاهُ كُلُّ مِنْهُمَا سِوَى طَعَامِ أَهْلِهِ وَكَسَوْتِهِمْ.. فَلَهَا؛ .....

التجارات والتقد والنسيئة، وعلى أن كلاً منا ضامن عن الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع. انتهى.

(ولا يشترط تسليم المال)؛ لأن التقدين لا يتعينان في العقود حتى يشترط تسليمه، بل الشرط حضور المال عند الشراء لا عند العقد.

ولهذا قال في أول شركة «الخلاصة» نقلاً عن «الإيضاح»: الشركة بالأموال لا تكون إلا بمال حاضر، عناناً كانت الشركة، أو مفاوضةً.

ولا يصح بمال غائب ولا دين، أراد بذلك: عند الشراء لا عند العقد؛ يعني: عقد الشركة؛ لأنه إذا لم يوجد ذلك عند عقد الشركة.. جاز، ألا ترى أنه لو دفع إلى رجل ألفاً وقال له: أخرج مثلها واشترئها وبيع، فما ربحت.. فهو بيننا، فأقام المأمور البيئة أنه قد فعل، ولم يكن المال موجوداً وقت العقد، وإنما وجد عند الشراء.. جاز. انتهى كلام «الخلاصة».

وهكذا ذكره في أول شركة «البزاية»، فعلم منه: أن قول الشريك الآخر بعد الافتراق عن المجلس: «أخرجت المال دفعة واشتريت به».. لا يقبل بلا بيئة.

(ولا خلطه)، خلافاً لزفر والشافعي.

قلنا: إن الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشترى كل منهما بماله على أن يكون المشتري بينهما، وهذا لا يفتقر إلى الخلط، والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال، ولهذا سمي العقد شركة.

(وما اشتراه كل منهما سوى طعام أهله)، وكذا طعام نفسه، (وكسوتهم)، وكذا كسوة نفسه، وكذا [١/٧٣٩] الإدام (..فلها)؛ تحقيقاً لمقتضى العقد وهو المساواة، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف، فكان شراء أحدهما كشراهما سوى المستثنيات.

وَكُلُّ دَيْنٍ لَزَمَ أَحَدَهُمَا بِمَا تَصَحَّ فِيهِ الشَّرْكََةُ - كَبَيْعٍ وَإِنْ لَزِمَ بِكَفَالَةٍ بِأَمْرِ - لَزِمَ الْآخَرَ، خِلَافًا لَهُمَا.

والقياس: أن يكون على الشركة أيضاً؛ تحقيقاً لمقتضى العقد، إلا أنا استحسنا للضرورة؛ فإن الحاجة لهذه الأشياء معلومة الوقوع البتة، ولا يمكن إيجابه على صاحبه، فيختص بنفسه، وللبائع أن يؤاخذ بالثمن أيهما شاء، المشتري بالأصالة وشريكه بالكفالة، ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما أدى؛ لأنه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما.

(وكل دين لزم أحدهما بما تصح فيه الشركة؛ كبيع) وشراء واستئجار.. لزم الآخر؛ تحقيقاً للمساواة.

واحترز ب- «ما تصح فيه الشركة»: عن الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد، وعن النفقة.

(وإن لزم) - الدين - (بكفالة)؛ أي: بالمال؛ لأن كفالة أحدهما بالنفس.. لا تلزم شريكه بالاتفاق (بأمر) المكفول عنه (.. لزم الآخر): عند أبي حنيفة.

(خِلَافًا لَهُمَا)؛ لأنه تبرع؛ حتى لا تصح من الصبي والمجنون والعبد المأذون والمكاتب، وتصح من المريض من الثلث، وصار كالإقراض والكفالة بالنفس؛ فإنه إذا أقرض أحدهما من مال التجارة لإنسان.. لا يلزم الشريك.

ولأبي حنيفة: إن عقد الكفالة تبرع ابتداءً معاوضة بقاء؛ لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه إذا كفل بأمره؛ فصار كالهبة بشرط العوض، فبالنظر إلى البقاء.. صحَّ لتضمنه المعاوضة، وبالنظر إلى الابتداء.. لم يصح ممن ذكره، ويعتبر من الثلث من المريض، وحاجتنا ههنا: إلى البقاء؛ إذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة؛ لكونها حكمها، فلما لزم المال على الشريك بالكفالة.. لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء.

وَكَذَا إِنْ لَزِمَ بِغَضَبٍ خِلَافاً لِأَبِي يُوسُفَ.

بخلاف الصبي والمجنون والعبد والمكاتب؛ لأن حاجتنا ثمة: إلى الابتداء بأنه هل يلزمه، أو لا؟

فاعتبرنا جهة التبرع فيه، بخلاف ما نحن فيه؛ لصحة الابتداء لكون الضامن من أهل الضمان.

وأما الكفالة بالنفس، فهو تبرع ابتداءً وانتهاءً؛ إذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئاً في ذمته من المال.. فلا يقاس عليه.

وأما الإقراض: فعن أبي حنيفة: أنه يلزمه صاحبه على رواية «المبسوط»؛ لأنه معاوضة.

ولو سلم أنه لا يلزم شريكه، لكنه إنما لا يلزمه لكون الإقراض إعارة لا معاوضة؛ إذ لو كان معاوضة.. لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الأموال الربوية؛ فإذا كان إعارة.. كان لما يأخذه المقرض [٧٣٩/ب] بعد الإقراض حكم عين ما قرضه لا حكم بدله؛ كما في الإعارة الحقيقية، ولهذا لا يلزم فيه الأجل.

(وكذا)؛ أي: لزم الشريك (إن لزم) الدين (بغضب)، أو استهلاك عند أبي حنيفة ومحمد.

لكن قال أبو حنيفة: إن ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة في أنه يلزم شريكه.

وقال محمد: إنهما بمنزلة التجارة في أنه يلزم شريكه.

(خلفاً لأبي يوسف)؛ لأنه ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة.. فلا يلزم شريكه؛ كأرش الجناية.

ولهما: أنه ضمان تجارة؛ لأنه بدل مال محتمل للشركة، فيلزم شريكه.

وَفِي الْكِفَالَةِ بِلَا أَمْرٍ.. لَا يُلْزَمُهُ فِي الصَّحِيحِ.  
وَإِنْ وَرَثَ أَحَدُهُمَا مَا تَصَحُّ بِهِ الشَّرْكََةُ أَوْ وَهَبَ لَهُ وَقَبْضَهُ.. صَارَتْ  
عَنَانًا.

وَكَذَا إِنْ فُقِدَ فِيهَا شَرْطٌ لَا يَشْتَرُطُ فِي الْعَنَانِ.

(وفي الكفالة) بالمال (بلا أمر) المكفول عنه (.. لا يلزمه في الصحيح)؛ لأنه  
تبرع محض لا معاوضة فيه أصلاً، وهذا مختار الفقيه أبي الليث في «شرح الجامع  
الصغير»، وتبعه صاحب «الهداية».

وذهب عامة شراح «الجامع الصغير»: إلى أنه لا فرق بين ما إذا كانت الكفالة  
بالأمر، وبين ما إذا كانت بلا أمر.

(وإن ورث أحدهما ما تصح به الشركة)؛ كالدرهم والدنانير والفلوس النافقة،  
(أو وهب له) أو تصدق به عليه، أو أوصى له به (وقبضه).. بطلت المفاوضة؛ لفوات  
المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة، وهي شرط في صحتها ابتداءً وبقاءً.

فإذا بطلت (.. صارت عناناً)؛ لأن المساواة ليست بشرط فيه ابتداءً، فكذا بقاء؛  
لأن لدوامه حكم الابتداء؛ لكونه عقداً غير لازم؛ فإن أحد الشريكين إذا امتنع عن  
المضي على موجب العقد.. لا يجبر القاضي على ذلك، كذا في «العناية».

(وكذا)؛ أي: تصير عناناً (إن فقد فيها)؛ أي: في الشركة (شرط) من شروط  
المفاوضة التي (لا يشترط) تلك الشروط (في العنان) كالكفالة؛ فإنها مختصة  
بالمفاوضة، وكونهما حرين بالعين مسلمين، فلو شرطاً عدم الكفالة.. تصير عناناً  
وإن ذكرا المفاوضة وعمما التصرف والمال وتساويا فيه.

وكذا لو عقد بالغ وصبي، أو حر وعبد يصير.. عناناً وإن ذكرا لفظ المفاوضة؛  
لأن العنان قد يكون عاماً في أنواع التجارات، وقد يكون خاصاً في نوع منها،  
والمفاوضة عامة فيها.. فجاز أن يذكر لفظ المفاوضة ويراد به معنى العنان، فلا يكون  
مفاوضة بمجرد ذكر لفظها.

وَإِنْ وَرَثَ عَرَضاً أَوْ عَقَاراً.. بَقِيَتْ مُفَاوِضَةٌ وَلَا تَصَحُّ مُفَاوِضَةٌ وَلَا عَنَانٌ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ، أَوْ الدَّنَانِيرِ، أَوْ بِالْفُلُوسِ النَافِقَةِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، .....

(وإن ورث عرضاً، أو عقاراً)، أو وهب له، أو تصدق عليه، أو أوصي له (.. بقيت مفاوضة)؛ لأنه لا تصح فيها الشركة، فلا يشترط المساواة فيه.

(ولا تصح مفاوضة، ولا عنان) [١/٧٤٠] إن كانتا بالأموال.

إنما قلنا هذا؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل، فصح قولنا: المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال، فصدق: بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس، وهو يناقض قولنا: لا تنعقد المفاوضة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس؛ لأن الإيجاب الجزئي يناقض السلب الكلي، كذا في «فتح القدير».

(إلا بالدراهم أو الدنانير أو بالفلوس النافقة عند محمد) اختلفت عباراتهم في الفلوس النافقة.

ففي «القدوري» و«الكافي» للحاكم أبي الفضل: لم يذكر خلاف في جواز الشركة بها، واقتصروا على أن قال: ولا تجوز الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس. وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وجعل بعضهم الجواز ظاهر الرواية، وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنها إنما صارت ثمناً باصطلاح الناس، وليس ثمناً في الأصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوها رأس مال الشركة.

وعند محمد: يجوز، وهو قول أبي يوسف الأول.

وقال في «الهداية»: وأما الفلوس النافقة.. فلأنها تروح رواح الأثمان فالتحقت بها.

أَوْ بِالتَّبَرِّ وَالتَّقَرُّعِ إِنْ تَعَامَلَ النَّاسُ بِهِمَا.

ثم قال: قالوا: - أي: المتأخرون - على ما في «فتح القدير»: أن هذا قول محمد؛ لأنها ملحقة بالنقود عنده، حتى لا تتعين بالتعيين، ولا يجوز بيع الاثنين منها بواحد بأعيانهما.

أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف.. لا يجوز الشركة والمضاربة بها؛ لأن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة؛ لأنها بالاصطلاح القائم فتصير سلعة.. فلا تصلح أن تكون رأس المال.

واعترض عليه: بأن هذا إنما هو في الملاحظة.

أما في الخارج.. فهي ثمن مستمر ما استمر الاصطلاح على ذلك، ولذلك قال الإسيجابي: الصحيح أن عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل؛ لأنها صارت ثمنًا باصطلاح الناس، حتى لو اشترى شيئاً بفلوس بعينها.. لم تتعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد بهلاكها.

وروي عن أبي يوسف مثل قول محمد: أنه تجوز الشركة بها.

لكن كونه مع أبي حنيفة في عدم الجواز أقيس؛ لأنهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بفلسين بعينهما.. كانا متفقين أيضاً في عدم جواز الشركة بالفلوس وإن كانت نافقة؛ لأن هذه المسألة مبنية على تلك المسألة؛ لأنه لما جاز مع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما.. كان للفلوس حكم العروض، والعروض [٧٤٠/ب] لا تصلح رأس مال الشركة.

وروي الحسن عن أبي حنيفة: أنه تصح المضاربة بالفلوس النافقة عنده.

(أو بالتبر) - ذهب غير مضروب - (والنقرة) - فضة غير مضروبة - (إن تعامل الناس بهما)، فيه إشارة إلى ما ذكر في «الجامع الصغير» قال: ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة، ومراده: التبر على ما في «الهداية».



وَلَا تَصْحَاحَانِ: بِالْعُرُوضِ إِلَّا أَنْ يَبِيعَ نِصْفَ عَرْضِهِ بِنِصْفِ عَرْضِ الْآخَرِ،  
ثُمَّ يَفْقُدُ الشَّرْكَةَ.....

ثم قال فيها: إنه الأصح؛ لأن مثاقيلها، وإن خلقت للتجارة في الأصل، لكن الثمينة تختص بالضرب المخصوص، إلا أن يجري التعامل باستعمالها ثمناً فينزل التعامل منزلة الضرب، فيكون ثمناً وتصلح رأس المال في الشركة والمضاربة.

(ولا تصحاحان)؛ أي: المفاوضة والعنان (بالعروض) في كل جانبيه، أو في أحدهما؛ لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن؛ لأنه لا بد من بيعها؛ فإذا باع أحدهما عروضه بألف والآخر بألف وخمسمئة.. فما يأخذه صاحب الألف زيادة على ألفه على مقتضى الشركة: ربح ما لم يضمن وما لم يملك، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن.

بخلاف التقدين؛ لأن ما يشتري كل منهما بأحدهما يدخل في ملكهما، ويثبت ثمنه في ذمته؛ إذ الأثمان لا تتعين بالتعيين، فيرجع به على صاحبه بحسابه، فكان الربح ربح ما يضمن، ولأن أول التصرف في العروض: البيع، وفي النقود: الشراء. وبيع الإنسان ماله على أن يكون الثمن مشتركاً بينه وبين غيره.. لا يجوز، بخلاف الشراء.

ولأنه لو صح.. لزم أن يكون كل منهما وكيلاً عن الآخر في بيع عرضه بشرط أن يكون له بعض ربحه، والوكيل بالبيع أمين؛ فإذا شرط له جزء من الربح.. كان ربح ما لم يضمن.

وأما الوكيل بالشراء.. فهو ضامن للثمن في ذمته؛ فإذا شرط له جزء من الربح.. كان ربح ما يضمن.

(إلا أن يبيع) كل واحد منهما (نصف عرضه بنصف عرض الآخر، ثم يعقد الشركة)؛ يعني: إذا أراد شركة المفاوضة أو العنان بالعروض.. فالحيلة: أن يبيع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر، حتى صار مال كل منهما مشتركاً بينهما

وَلَا بِالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ قَبْلَ الْخَلْطِ، .....

شركة ملك، حتى لا يجوز أن يتصرف في نصيب صاحبه إلا بإذنه، ثم يعقدان عقد الشركة مفاوضةً أو عناناً، حتى صار العروض رأس مال شركة العقد، حتى جاز لكل منهما أن يتصرف في نصيب صاحبه، وهذا لأنه إذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر [١/٧٤١].. صار نصف مال كل واحد منهما مضموناً على الآخر بالثمن، فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون، فيكون العقد صحيحاً.

قال في «الهداية»: تأويل ما ذكر - أي: يبيع نصف عرض كل واحد منهما بنصف عرض الآخر -: إذا كانت قيمة متاعيهما على السواء، ولو كان بينهما تفاوت.. يبيع صاحب الأقل بقدر ما يثبت به الشركة، وأوضحه في «العناية»: بما إذا كان قيمة عرض أحدهما أربعمئة درهم مثلاً، وقيمة عروض الآخر مئة درهم.. يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر، فيصير المتاع كله أخماساً ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما.

ورده في «الزيلعي» وقال: وهذا الحمل غير محتاج إليه؛ لجواز أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر، وإن تفاوتت قيمتهما، حتى يصير المال بينهما نصفين.

وكذا العكس جائز، وهو ما إذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت بأن باع أحدهما ربع ماله بثلاثة أرباع مال الآخر، حتى يكون المال كله أرباعاً، فيعلم بذلك أن قوله: «بائع نصف ماله بنصف مال الآخر» وقع اتفاقاً أو قصداً؛ ليكون شاملاً للمفاوضة والعنان؛ لأن المفاوضة شرطها التساوي، بخلاف العنان.

وأما قولهم: «بنصف عرض الآخر».. وقع اتفاقاً؛ لأنه لو باعه بالدرهم، ثم عقد الشركة في العروض الذي باعه.. جاز أيضاً. انتهى.

وفي إطلاق المصنف إشارة إلى ما في «الزيلعي».

(ولا بالمكيل والموزون والعددي المتقارب قبل الخلط)، ولا خلاف فيه بيننا

وَإِنْ خَلَطَا جِنْسًا وَاحِدًا ثُمَّ اشْتَرَكَا.. فَشَرِكَةُ عَقْدٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَمَلِكٍ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَإِنْ خَلَطَا جِنْسَيْنِ.. لَا تَنْعَقِدُ اِتِّفَاقًا.

قبل الخلط؛ لأنها قبله عروض محضة، لكل منهما متاعه، وعليه وضيعته، ويختص بربحه.

(وإن خلطا جنسًا واحدًا) الحنطة بالحنطة، الشعير بالشعير، الزيت بالزيت، (ثم اشتركا) في المخلوط (.. فشركة عقد عند محمد)؛ لأن كلاً منها ثمن من وجه، حتى.. جاز البيع بها ديناً في الذمة، ومبيع من وجه، حتى تتعين بالتعين، فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحاليين فقلنا: لا تجوز الشركة قبل الخلط؛ عملاً بشبهها بالمبيع، وقلنا: يجوز بعد الخلط؛ عملاً بشبهها بالثمن. بخلاف العروض؛ لأنها ليست بثمن بحال أصلاً.

(و) شركة (ملك: عند أبي يوسف) وهو ظاهر الرواية على ما قالوا؛ لأن كلاً منها تتعين بالتعين بعد الخلط؛ كما تتعين قبله، ومن شرط جواز شركة العقد: أن لا يكون رأس المال [٧٤١/ب] مما يتعين بالتعين؛ لئلا يلزم ربح ما لم يضمن؛ كما في العروض.

وثمره الخلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح. فعند أبي يوسف: لا يستحق زيادة الربح، بل لكل منهما من الربح بقدر ملكه؛ لعدم صحة اشتراط التفاضل؛ لأن متاع كل منهما يخصه، وكذا ربحه وضيعته عنده؛ لانتفاء شركة العقد.

وعند محمد: الربح بينهما على ما شرطاً.

(وإن خلطا جنسين) الحنطة بالشعير مثلاً (.. لا تنعقد) شركة العقد (اتفاقاً).

فمحمد يحتاج إلى الفرق، فوجهه: أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال، حتى أن من أتلفه.. يضمن مثله، فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة.

ومن جنسين من ذوات القيم؛ فإن من أتلفه.. ضمن قيمته.  
وإذا كان من ذوات القيم.. كان بمنزلة العروض، فتتمكن الجهالة كما في العروض.

فإن قيل: إذا لم تنعقد الشركة.. فما حكم هذا الخلط؟

قيل: حكمه انقطاع حق المالك إلى ضمان الخالط.

قلت: المصرح في كتاب الوديعة: انقطاع حق المالك إلى ضمان الخالط؛ فيما إن أخلط الخالط تعدياً، والخلط فيما نحن فيه ليس على طريق التعدي، بل على سبيل التراضي، ولعل الحكم فيه البقاء على شركة الملك.. فيجري عليه حكم شركة الملك.

واعلم: أن الخالط تعدياً يضمن نصيب المخلوط ماله؛ سواء خلطه بجنسه، أو بخلاف جنسه؛ وسواء كان بحيث لا يتميز أصلاً - كشيرج خلطه بزيت - أو يتميز بعسير؛ كحنطة خلطها بشعير؛ لأنه ينقطع حق مالكةا لهذا الخلط؛ فإن هذا الخلط استهلاك.

بخلاف ما إذا خلطه بغير تعدد كما فيما نحن فيه؛ فإن خلطه برضاه.. فلا يضمن.  
وبخلاف ما تيسر تمييزه؛ كخلط السود بالبيض من الدراهم؛ فإنه ليس موجباً للضمان أيضاً؛ لأنه يتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه.

هذا، ثم في كل موضع وجب فيه الضمان على الخالط.. يجب عليه؛ سواء كان أجنياً عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من في عياله كبيراً أو صغيراً، أو كان في عيال المخلوط ماله.

فإن ظفر ما يخالط.. فيها وإن لم يظفر به فقال أحد المالكين: أنا آخذ المخلوط وأعطي صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه.. جاز؛ لأن الحق لهما؛ فإذا رضا بذلك.. صح.

وإن أبي.. يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على هذا الوجه [٧٤٢/١]، وهو أن يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير، ويضرب صاحب الشعير بقيمته غير مخلوطة بالحنطة؛ لأن الحنطة تنتقص باختلاطها بالشعير ودخلت في البيع بهذه الصفة، فلا يضرب بقيمتها إلا بالصفة التي بيعت بها، والشعير تزداد قيمته بالاختلاط بالحنطة، لكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة، فلا يستحق أن يضرب بها مخلوطة، فلذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط، كذا قالوا.

قيل: إن هذا الجواب إنما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة: أن ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط، [وأما على ما هو الظاهر من مذهب أبي حنيفة: المخلوط<sup>(١)</sup>] ملك للخالط، وحققهما في ذمته.. فلا يباع ماله في دينهما؛ لما فيه من الحجر عليه، وأبو حنيفة لا يرى ذلك.

وقال ابن الهمام: والأصح: أنه قولهم جميعاً؛ لأن ملكهما، وإن انقطع عن المخلوط.. فالحق فيه باق ما لم يصل [إلى] كل [واحد] منهما بدل ملكه، ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان؛ فلبقاء حقهما كان لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط؛ إما صلحاً بالتراضي، أو بيعاً وقسمة الثمن على الوجه الذي ذكرناه.

وأما إذا اتفقا على الخلط ورضيا به كما نحن فيه؛ فإن خلطاً جنساً واحداً مثلياً مكيلاً أو موزوناً أو عددياً متقارباً.. يصير المخلوط مشتركاً بينهما شركة عقد عند محمد، وشركة ملك عند أبي يوسف.

(١) نقص من المخطوط، تم استدراكه من «المبسوط» (١١/١١١).

فإذا باعاه.. انقسم على ما عقده عند محمد، وعلى قدر ملك كل واحد منهما عند أبي يوسف.

ولو كان المخلوط غير مثلي؛ كالثياب فباعاه بثلثين واحد.. اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم البيع باتفاقها؛ لأن كلاً منهما بائع لملكه، والثلثين بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العروض المحض، فيقسم عليهما باعتبار القيمة.

وإن خلطاً جنسين مثليين.. يصير المخلوط مشتركاً بينهما شركة ملك.

فإن باعاه.. فالثلثين بينهما على قدر قيمة متاع كل منهما على ما هو الحكم في شركة الملك.

قالوا: يكون الثلثين بينهما على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخلوطاً؛ لأن الثلثين بدل المبيع، فيقسم على قيمة ملك كل منهما، وملك كل منهما كان معلوماً بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة، لكن مخلوطاً [٧٤٢/ب] إن لم تزد بالخلط قيمة أحدهما لأنه دخل في البيع بهذه الصفة، وإن كان أحدهما يزيده الخلط خيراً؛ فإنه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط على ما ذكرناه آنفاً في الحنطة والشعير، من أن بالخلط تنقص قيمة الحنطة وتزيد قيمة الشعير، فصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة، وصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط.

وقد طعن عيسى بن أبان في الفصلين جميعاً وقال: قولهم في الفصل الأول: إنه يعتبر قيمته يوم خلطاه، وفي الفصل الثاني: يوم يقتسمون: كلاهما غلط، بل الصحيح: يقسم الثلثين على قيمة متاع كل منهما يوم البيع لا يوم الخلط، ولا يوم القسمة؛ لأن استحقاق الثلثين بالمبيع، فصار كما لو لم يخلطاه وباعا الكل؛ فإن قسمة الثلثين على القيمة وقت البيع، اللهم إلا أن تكون قيمة يوم البيع ويوم الخلط ويوم القسمة سواء.

وَشَرَكَةُ عَنَانَ، وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَا مَتَسَاوِيَتَيْنِ فِيمَا ذُكِرَ أَوْ غَيْرَ مَتَسَاوِيَتَيْنِ.

وأجاب عنه شمس الأئمة: بأن معرفة قيمة الشيء بالرجوع إلى قيمة مثله في الأسواق، وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع؛ فإذا تعذر هذا.. وجب المصير إلى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما؛ كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها.. فهو ضامن بقيمة نصيب شريكه وقت الولادة؛ لتعذر معرفتها وقت العتق، فيصار إلى تقويمه في أول الأوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة، فكذا هنا يصار إلى معرفة قيمة كل منهما في أول أوقات الإمكان، وهو عند الخلط.

إلا أنه إذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص من مال الآخر.. فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر، فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الأمثال.. فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقي في المثل إلى وقت القسمة، فيقسم الثمن على ما هو حق كل منهما.

بخلاف ما إذا لم يخلط؛ لأن تقويم ملك كل منهما وقت البيع هناك ممكن، فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع.

(وشركة عنان): عطف على شركة مفاوضة - وهو بفتح العين - مأخوذ من: «عن» إذا عرض، سمي به؛ لأنه شيء عرض في هذا القدر [٧٤٣/أ] لا على العموم على الوكالة والكفالة.

وقيل: إنه مأخوذ من عنان الفرس؛ لأن الفارس يمسك العنان بإحدى يديه ويتصرف بالأخرى.. فكذلك الشريك ههنا يشارك في بعض ماله ويتفرد بالباقي.

(وهي: أن يشتركا متساويين فيما ذكر) في المفاوضة، (أو غير متساويين) فيه؛ لعدم اشتراط المساواة؛ لأن اللفظ لا ينبئ عنها على ما ذكرناه، وحكم التصرف لا يثبت على خلاف مقتضى اللفظ.

وَتَتَضَمَّنُ الْوَكَالَةَ دُونَ الْكَفَالَةِ.

وَتَصَحُّ فِي نَوْعٍ مِنَ التَّجَارَاتِ، أَوْ فِي عُمُومِهَا، .....

(وتتضمن: الوكالة) لما ذكرناه في المفاوضة، (دون الكفالة)؛ لعدم اشتراط المساواة فيه، ولأن الكفالة مختصة بالمفاوضة على ما تقدم، حتى لو ذكر الكفالة في العقد وكانت باقي شروطها متوفرة.. انعقدت مفاوضة؛ لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد أن ذكر جميع شروطها، وإن لم تكن متوفرة.. ينبغي أن ينعقد عناناً.

ثم هل تبطل الكفالة أم لا تبطل؟

ففي «فتح القدير»: يمكن أن يقال: إنها تبطل؛ لأن العنان معتبر فيها عدم الكفالة.

ويمكن أن يقال: لا تبطل؛ لأن المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها.. فتصح عناناً، ثم تكون كفالة كل منهما الآخر زيادة على نفس الشركة، وصار كما أنها تكون عناناً مع العموم باعتبار أن الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم، إلا أن الأول قد يرجح بأن هذه الكفالة بمجهول.. فلا تصح إلا ضمناً؛ فإذا لم تكن مما تضمها الشركة.. لم يكن ثبوتها إلا قصداً، فلا تصح.

(وتصح في نوع من التجارات)؛ كالبر والطعام ونحوهما.

(أو في عمومها)؛ حتى لو اشتركا وقالوا: نشترك في قليل وكثير من أنواع التجارات كلها، ونعمل في ذلك برأينا، ونشتري بالنقد والنسيئة، فما رزقه الله تعالى فهو بيننا.. تصح شركة عنان لما ذكرناه، وإذا صح بالنقد والنسيئة.. صح تقييده بالنقد؛ كما صح تقييدها بالمكان، فيضمن بالخلاف.

قال في «الخلاصة»: والتقييد بالمكان صحيح، حتى لو قال أحد الشريكين لصاحبه: اخرج إلى نيسابور ولا تجاوز، فجاوز فهلك.. يضمن حصة شريكة.



وَبِبَعْضِ مَالٍ كُلِّ مِنْهُمَا، وَبِكُلِّهِ، وَمَعَ التَّفَاضُلِ فِي رَأْسِ الْمَالِ وَالرِّبْحِ، وَمَعَ التَّسَاوِي فِيهِمَا أَوْ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ .....

والتقييد بالنقد صحيح أيضاً، حتى لو قال لشريكه: لا تبع بالنسيئة.. صح التقيد.

ولو اشتركا شركة عنان على أن يبيعا بالنقد والنسيئة، ثم نهى أحدهما صاحبه عن البيع [٧٤٣/ب] نسيئة.. صح النهي. انتهى.

(وبعض مال كل منهما) مما يصح فيه المفاوضة؛ لما ذكرناه من عدم اشتراط المساواة، (وبكليه).

(و) تصح (مع التفاضل في رأس المال والربح) جميعاً، (ومع التساوي فيهما) جميعاً، (أو في أحدهما دون الآخر)؛ أي: مع التساوي في رأس المال والتفاضل في الربح أو بالعكس، خلافاً لزفر والشافعي، قالوا: لا يجوز التفاضل في أحدهما مع التساوي في الآخر، بل لا بد أن يكون الربح على قدر رأس ماليهما؛ لئلا تؤدي إلى ربح ما لم يضمن؛ فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً.. فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان؛ إذ الضمان بقدر رأس المال، ولأنه لا يجوز اشتراط الوضعية، فكذا الربح.

ولنا: ما روي عن علي رضي الله عنه: «الربح على ما اشترطا، والوضعية على المال»، وروي مرفوعاً أيضاً.

ولأن الربح كما يستحق بالمال.. يستحق بالعمل أيضاً كالمضارب؛ فإن أحدهما قد يكون أحذق وأهدى، أو أكثر عملاً وأقوى من الآخر، فلا يرضى بالمساواة، فمست الحاجة إلى التفاضل.. فيكون الربح على ما شرطوا والوضعية على المال.

بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما؛ لأنه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضاً إلى: قرض باشرطه للعامل، وإلى: بضاعة باشرطه لرب المال، وهذا العقد لا يجوز أن يخرج عنهما؛ لأنه يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال

عِنْدَ عَمَلِهِمَا، وَمَعَ زِيَادَةِ الرِّبْحِ لِلْعَامِلِ عِنْدَ عَمَلِ أَحَدِهِمَا، .....

الشريك، ويشبه شركة المفاوضة اسماً وعملاً؛ لأنهما يعملان معاً، فعملنا بشبه المضاربة، وقلنا: يصح اشتراط الربح من غير ضمان، وعملنا بشبه الشركة، وقلنا: لا تبطل باشتراط العمل عليها.

وإن لم يشترط شيئاً من الربح، بل أطلقا.. فالربح على قدر مالهما.

ثم صاحب «الهداية» ومن تبعه أطلق جواز هذا العقد مع التساوي في المال والتفاضل في الربح، وكذا في عكسه.

وقيده بعض مشايخنا باشتراط العمل عليها؛ سواء عملاً أو عمل أحدهما، أو باشتراطه على من شرط له زيادة الربح، ولو شرطاً العمل على أقلهما ربحاً.. لا يجوز على ما صرح به في «فتح القدير» وغيره.

والله أشار المصنف بقوله: (عند) اشتراك (عملهما)؛ أي: العاقلين.

(ومع زيادة الربح للعامل عند) اشتراط (عمل أحدهما).

توضيحها: أن شركة العنان:

إما مع التفاضل في رأس المال؛ مثل أن يكون لأحدهما ألف، وللآخر ألفان مثلاً.. فاشتركا.

وإما مع التساوي فيه [١/٧٤٤].

والأول: لا يخلو.

أما إن شرط الربح والوضيعة بينهما نصفين.. وذلك لا يجوز مطلقاً، حتى لو هلك بعضه.. هلك عليهما أثلاثاً؛ لأن صاحب الألفين يريد أن يجعل ربح ماله مضموناً عليه بغير سبب، وذلك لا يجوز؛ لأن الوضيعة على المال على ما روينا، لكن لا تفسد الشركة؛ لأن النهي عن الشرط لا عن العقد.

بخلاف البيع: لأن النهي هناك عن البيع والشرط فيفسدان جميعاً.

وأما إن شرطاً الوضيعة أثلاثاً، والربح نصفين، والعمل على صاحب الألف.

وأما إن شرطاً الربح والوضيعة على قدر مال كل منهما، والعمل على أحدهما بعينه وهذه الثلاثة جائزة.

وأما إن شرطاً الربح نصفين والوضيعة على قدر ماليهما، والعمل على صاحب الألفين، وذلك الشرط لم يجز والربح بينهما أثلاثاً؛ لأن صاحب الألف يشترط لنفسه بعض ربح مال الآخر بغير عمل ولا مال، والربح إنما يستحق بالمال، أو بالعمل، أو بالضمان.

والثاني: لا يخلو: أما إن شرطاً التفاضل في الربح والعمل عليهما، وذلك جائز عند الثلاثة على ما ذكرناه، ويكون الربح بينهما على ما شرطاً وإن عمل أحدهما دون الآخر.

وأما إن شرطاً الآخر على أحدهما؛

فإن شرطاً الربح بينهما على قدر رأس ماليهما.. جاز؛ ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل، له ربحه، وعليه وضيعة.

وإن شرطاً الربح للعامل أكثر من ماله.. جاز أيضاً على الشرط، ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة.

ولو شرطاً الربح للدافع أكثر من ماله.. لا يصح الشرط [ويكون مال الرافع]<sup>(١)</sup> عند العامل بضاعة، لكل واحد منهما ربح ماله، والوضيعة بينهما على قدر ماليهما أبداً.

ولا يخفى عليك: أن المراد بزيادة الربح ههنا: هو الزيادة بغير تعيين بمرتبة من مراتب العدد من العشرة ونحوها؛ لأن هذا اشتراط الزيادة المعينة لأحدهما: يطل الشركة على ما تقدم في أول الكتاب؛ مثل أن يشترط الثلثين من الربح لأحدهما والثلث للآخر.

(١) نقص من المخطوط، تم استدراكه من «العناية» (١٧٧/٦).

وَمَعَ كَوْنِ مَالٍ أَحَدِهِمَا دَرَاهِمَ وَالْآخَرِ دَنَانِيرَ.

وَلَا يَشْتَرُطُ الْخَلْطُ فِيهَا أَيْضًا، .....

(و) يصح (مع كون مال أحدهما دراهم والآخر دنانير)، أو من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود؛ لعدم اشتراط الاتحاد في الجنس عندنا، خلافاً لزفر والشافعي على ما سيأتي.

(ولا يشترط الخلط فيها)؛ أي: في شركة العنان (أيضاً)؛ أي: كما في المفاوضة، وبه قال أحمد ومالك.

إلا إن مالكا: شرط أن يكون تحت يديهما، بأن يكون في [٧٤٤/ب] حانوت، أو في يد وكيلهما.

وقال الشافعي وزفر في رواية: لا تجوز بلا خلط؛ لأن الربح فرع المال، ولا يكون الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل، والشركة في الأصل لا تكون إلا بالخلط؛ لأن معناها: الاختلاط أو الخلط، فلا يتحقق شركة بلا خلط، وإنما كان الربح فرع المال؛ لأن محل الشركة هو المال، ولهذا تضاف إليه، ويقال: شركة المال ويشترط تعيين رأس المال، وما اعتبر التعيين.. إلا لتكون الشركة في الثمرة مستندة إلى المال.

بخلاف المضاربة؛ لأنها ليست شركة، وإنما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح أجرة على عمله.

أما ههنا.. فبخلافه قال في «الهداية»: إن كون الربح فرع المال أصل كبير لهما، حتى يتفرع عليه: اعتبار اتحاد الجنس، واشتراط الخلط، وعدم جواز التفاضل في الربح مع التساوي في المال، وعدم جواز شركة التقبل والأعمال؛ لانعدام المال.

ولنا: أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال، وكل ما هو مستند إليه.. فهو الأصل؛ لأن الأصل هو العقد؛ أما الكبرى.. فظاهر، وأما الصغرى.. فلأن العقد يسمى شركة دون المال، وإذا سمي العقد بالشركة.. فلا بد من تحقيق معناه

فيه وفي فرعه - وهو الربح - لا في المال، فلم يكن الخلط شرطاً في المال، ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان عند الشراء بهما ما فيه الربح، حتى جاز مكانهما أن يدفع غيرهما، وإذا لم يتعينا.. لم يكن الربح مستفاداً بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط، بل إنما كان مستفاداً بالتصرف فيه.

وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط.. تحققت في الاستفادة به بدون الخلط أيضاً، وصار كالمضاربة في تحقق الشركة في الربح بدون الخلط في رأس المال؛ فإن الربح مشترك فيها بسبب العقد لا بسبب المال، وإذا بطل الأصل المذكور.. بطلت الفروع المترتبة عليه، فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح، وتصح شركة التقبل والأعمال.

فإن قيل: لو كان العقد هو الأصل دون المال.. لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل أن يشتريا به شيئاً؛ لأن هلاك المال وبقائه إذ ذاك: بمنزلة؛ لكون الأصل وهو العقد قد وجد والمال موجود.. فلا يبالي بعد ذلك ببقائه.

أجيب: بأن بقاء الأصل شرط لوجود الفرع، والأصل قد انتفى بانتفاء شرطه - وهو المحل، وهو: المال - فكذلك الفرع.

فإن قيل: إن الربح [١/٧٤٥] في الحقيقة يحصل من التصرف، والتصرف يحصل من العقد؛ لأن كلاً منهما يتصرف بسبب العقد في كل المال؛ في بعضه: أصالة، وفي بعضه: وكالة، فكان العقد علة العلة لا نفس العلة، وإنما العلة هي التصرف في المال.

أجيب: بأن الحكم كما يضاف إلى العلة.. يضاف إلى علة العلة أيضاً، وإضافة الفرع إلى العقد من قبيل الإضافة إلى علة العلة فيصح أن يكون أصلاً للربح.

وأما المال.. فلا يكون علة، ولا علة علة أصلاً، وإنما هو شرط خارج لعلة العلة.

والوضيعة على قدر المال وإن شرطاً غير ذلك.

وما شراه كل منهما.. طوَلَبَ بِثَمْنِهِ هُوَ فَقَطْ وَرَجَعَ عَلَى شَرِيكِهِ بِحَصَّتِهِ

أقول: قد تقرر في «الأصول»: أن الإضافة إلى علة العلة مجاز، والحكم إنما يضاف حقيقة إلى العلة؛ إذ لا تأثير للعلة البعيدة في الحكم، والحقيقة أولى بالاعتبار من المجاز في حكم يبنى على الإضافة.

فالأولى في الجواب أن يقال: إن الربح يضاف إلى التصرف في حصوله، وإلى العقد في حله، وكلامنا ليس في حصوله؛ لأنه معلوم عندنا.

وعند الخصم: إن حصوله بالتصرف، وإنما الكلام في حله، ولا شك أن حله إنما يضاف إلى العقد الشرعي لا التصرف؛ فإن نفس التصرف في المال وإن كان مأذوناً فيه شرعاً.. لا يوجب حل الربح للمتصرف؛ كما في المبضع والوكيل بالبيع.. فكان العقد علة قريبة لحل الربح، وعلة بعيدة لحصوله، فكان إضافة الربح من حيث حله إضافة إلى علته لا إلى علة العلة.

(والوضيعة) - أي: النقصان والضرر - (على قدر المال وإن شرطاً غير ذلك)، لما روينا: أن الربح على ما شرطاً، والوضيعة على المال.

فعلم منه: أن جميع المال لو كان لأحدهما ولا شيء للآخر سوى العمل.. لا تصبح الشركة، والوضيعة كلها على العامل.

وهل يلزم للعامل أجر مثل عمله؟

قالوا: يلزم؛ لأنه استوفى منفعة عمله بعقد فاسد، فيلزمه أجر المثل.

(وما شراه كل منهما طوَلَبَ بِثَمْنِهِ هُوَ) - أي: المشتري - (فقط)؛ أي: دون الشريك الآخر، لما مر: أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة، والوكيل هو الأصل في الحقوق.

(ورجع)؛ أي: المشتري المطالب بالثمن (على شريكه بحصته)؛ أي: حصة

شريكه.

مِنْهُ إِنْ أَدَّاهُ مِنْ مَالِهِ.

(منه) - أي: من الثمن - (إن أداه من ماله)؛ لأنه وكيل من جهته في حصته؛ فإذا نقد من مال نفسه.. يرجع عليه؛ فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله.. فعليه الحجة؛ لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر.. فالقول للمنكر مع يمينه [٧٤٥/ب]، والبيئة لمدعي الوجوب في ذمة المنكر، ولكن فيما يرجع إلى مال الشركة، بخلاف الاستقراض؛ لما في «قاضي خان».

لو قال أحد شريكي العنان: إني استقرضت من فلان ألف درهم للتجارة.. لزمه خاصة دون صاحبه؛ لأن قوله لا يكون حجة للدين عليه.

وإن وكل كل واحد منهما صاحبه بالاستدانة.. لا يصح الأمر، ولا يملك الاستدانة على صاحبه، ويرجع عليه لا على صاحبه؛ لأن التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض، [وهو] باطل؛ لأنه توكيل بالتكدي، إلا أن يقول الوكيل للمقرض: إن فلاناً يستقرض منك ألف درهم.. فحينئذ يكون المال على الموكل لا على الوكيل. انتهى.

وهنا مسألة واقعة الفتوى: اشترى أحد الشريكين عيناً ونقد الثمن من مال الشركة، ثم ادعى شراءه لنفسه خاصة، هل يقبل قوله أم لا؟

أجاب في «فتاوى قارئ الهداية»: بأنه إن كانت شركة عنان وله بينة أنه عند العقد صرح بالشراء لنفسه خاصة.. فالمشتري له، وإن لم يكن له بينة؛ فإن نقد من مال الشركة.. فالمشتري على الشركة. انتهى.

أقول: في هذا الجواب نظر؛ لأن أحد الشريكين لا يملك بشراء الشيء لنفسه بدون إذن صاحبه فيما هو من نوع تجارتها.

ألا ترى أنه قال في الفصل الثالث من «الخلاصة»: أحد الشريكين إذا قال لصاحبه: أنا أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي، فسكت الشريك فاشتراها.. لا تكون له، ما لم يقل شريكه: نعم. انتهى.

وَتَبْطُلُ الشَّرْكََةُ بِهَلَاكِ الْمَالَيْنِ، أَوْ أَحَدِهِمَا قَبْلَ الشِّرَاءِ.

فَعَلِمَ مِنْهُ: أَنَّ الْمَشْتَرَى فِي الْمَسْأَلَةِ الْمَذْكُورَةِ مَشْتَرِكٌ بَيْنَهُمَا، لَا لِلْمَشْتَرَى فَقَطْ. وَلِهَذَا قَالَ فِي الْفَصْلِ الثَّانِي مِنْ «الْبَزَازِيَةِ»: وَلِكُلِّ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يَشْتَرِيَ؛ إِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالُ الشَّرْكَةِ.. فَهُوَ عَلَى الشَّرْكَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَاشْتَرَى بِدِرَاهِمٍ وَدَنَانِيرٍ.. فَالشِّرَاءُ لَهُ خَاصَّةٌ دُونَ شَرِيكِهِ، لِأَنَّهُ لَوْ صَارَ عَلَى الشَّرْكَةِ.. يَصِيرُ مُسْتَدِيناً عَلَى شَرِيكِهِ، وَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ. انْتَهَى.

(وَتَبْطُلُ الشَّرْكََةُ بِهَلَاكِ الْمَالَيْنِ)؛ أَي: مَالُ الْمَفَاوِضَةِ وَالْعَنَانِ عَلَى مَا فِي شَرْحِ «النَّقَايَةِ» نَقْلًا عَنْ «الْمَغْنِيِّ»، فَتَكُونُ الشَّرْكََةُ أَعْمَ مِنَ الْمَفَاوِضَةِ وَالْعَنَانِ. يَعْنِي: يَبْطُلُ كُلُّ مِنَ الْمَفَاوِضَةِ وَالْعَنَانِ بِهَلَاكِ مَالِ الشَّرِيكَيْنِ فِي كُلِّ مِنَ الشَّرْكَتَيْنِ.

(أَوْ أَحَدَهُمَا)؛ أَي: أَحَدَ الْمَالَيْنِ فِي كُلِّ مِنَ الشَّرْكَتَيْنِ (قَبْلَ الشِّرَاءِ).

أَمَّا إِذَا هَلَكَ.. فَلَأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي عَقْدِ الشَّرْكَةِ هُوَ الْمَالُ الْمَعِينُ؛ لِأَنَّ الْمَالَ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ [١/٧٤٦] فِي الشَّرْكَةِ؛ كَمَا يَتَعَيَّنُ فِي الْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ، وَبِهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.. يَبْطُلُ الْعَقْدُ؛ كَمَا فِي الْبَيْعِ؛ لِفَوَاتِ الْمَحَلِّ.

بِخِلَافِ الْمِضَارَبَةِ وَالْوَكَالَةِ الْمَفْرَدَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ الثَّمَنَانِ فِيهِمَا بِالتَّعْيِينِ، وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنَانِ بِالْقَبْضِ؛ فَإِنَّهُ لَوْ وَكَلَ رَجُلًا بِأَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ بِهَذِهِ الدِّرَاهِمِ شَيْئًا، فَاشْتَرَى الْوَكِيلُ قَبْلَ قَبْضِ الدِّرَاهِمِ الْمَشَارَ إِلَيْهِ، ثُمَّ هَلَكَتْ تِلْكَ الدِّرَاهِمُ.. فَإِنَّهُ كَانَ مُشْتَرِيًا لِمَوْكَلِهِ، فَيَرْجِعُ عَلَى الْمَوْكَلِ بِمِثْلِ تِلْكَ الدِّرَاهِمِ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمَوْكَلِ تَحْصِيلَ الْعَيْنِ، وَتَحْصِيلَ الْعَيْنِ كَمَا يَتَحَقَّقُ بِهَذَا الْمَالِ.. يَتَحَقَّقُ بِمَالٍ آخَرَ أَيْضًا.

وَكَذَلِكَ الْمِضَارَبَةُ؛ فَإِنْ مَقْصُودُ رَبِّ الْمَالِ تَحْصِيلُ الرِّبْحِ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِهَذَا الْمَالِ وَبِمَالٍ آخَرَ.

بِخِلَافِ الشَّرْكَةِ؛ لِأَنَّ الشَّرْكَةَ فِي الْعَيْنِ تَتَحَقَّقُ لَا فِي غَيْرِهِ؛ فَعَيْنَاهُ تَحْقِيقًا لِلْمَعْقُودِ.



وَهُوَ عَلَى مَالِكِهِ قَبْلَ الْخَلْطِ.. هَلَكَ فِي يَدِهِ أَوْ فِي يَدِ الْآخَرِ.  
وَعَلَيْهِمَا بَعْدَهُ فَإِنْ هَلَكَ بَعْدَ مَا شَرَى الْآخَرُ بِمَالِهِ.. فَاَلْمَشْرِي بَيْنَهُمَا، ....

واعلم: أن صاحب «الهداية» جعل المضاربة والوكالة المفردة في حكم واحد في عدم تعيين المال فيهما بالتعيين.

وقال في «العناية» نقلاً عن فخر الإسلام: إن المضاربة مثل الشركة في تعيين المال فيهما بالتعيين، حتى إذا هلك المال قبل التسليم إلى المضارب.. بطلت المضاربة، فحملوها على الروايتين:

ففي رواية صاحب «الهداية»: إنها مثل الوكالة المفردة.

وفي رواية فخر الإسلام: مثل الشركة.

وإنما قيد الوكالة بالمفردة؛ احترازاً عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة، وفي ضمن الرهن؛ فإن هذه الوكالة لكونها ضمنية.. تبطل ببطلان الشركة والرهن؛ لأن التابع يبطل ببطلان المتبوع، هذا فيما إذا هلك المالان.

وأما إذا هلك أحدهما: فلأن الآخر ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا بشركته في ماله أيضاً، وإذا فات ذلك.. لم يكن راضياً بشركته، فيبطل العقد؛ لعدم فائدته.

(وهو) - أي: الهلاك - (على مالكه قبل الخلط.. هلك في يده، أو في يد الآخر؛ أي الشريك.

أما الأول: فلأنه باق على ملكه، وأما الثاني: فلأنه أمانة عنده قبل الخلط.

(وعليهما بعده)؛ لعدم التمييز بينهما بعد الخلط.

وتبطل الشركة إن هلك الكل.

وإن هلك بعضه.. فيبطل في مقدار ما هلك، وتبقى في الباقي.

(فإن هلك) مال أحدهما (بعد ما شري الآخر بماله.. فالمشري بينهما) على ما

شرطاً؛ لأن الملك حين وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة [٧٤٦/ب] وقت الشراء.. فلا يتغير الحكم بهلاك مال أحدهما بعد شراء الآخر.

وَرَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى شَرِيكِهِ بِثَمَنِ حِصَّتِهِ.

وَإِنْ هَلَكَ قَبْلَ شِرَاءِ الْآخَرِ؛ فَإِنْ كَانَ وَكَلَهُ حِينَ الشَّرْكَةِ صَرِيحاً..  
فَالْمُشْتَرَى لَهَا شَرَكَةٌ مِلْكٍ، وَرَجَعَ بِحِصَّتِهِ، وَإِلَّا.. فَلِلْمُشْتَرِي فَقَطْ.

ثم هذه الشركة - أي: الشركة الواقعة في المشتري بعد هلاك مال الآخر - شركة عقد عند محمد، خلافاً للحسن بن زياد: فإنها شركة ملك عنده، حتى لا ينفذ بيع أحدهما إلا في نصيبه.

وجه قوله: أن شركة العقد بطلت بهلاك المال، فصار كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر، ولم يبق إلا حكم ذلك الشراء وهو الملك.. فيلزم انفراد الملك؛ لعدم ما يوجب زيادة عليه.

ولمحمد: إن هلاك مال أحدهما إذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء بها.. فلا يكون الهلاك مبطلاً لشركة العقد بينهما بعد تمامها؛ كما لو كان بعد الشراء بالمالين، ثم هلك المالان قبل النقد.. فإن شركة العقد باقية بينهما.

(ورجع المشتري على شريكه بثمان حصته)؛ أي: حصة شريكه من الثمن؛ لأنه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه.

(وإن هلك) مال أحدهما (قبل شراء الآخر؛ فإن كان وكله حين الشركة صريحاً.. فالمشتري لهما) على ما شرطاً؛ لأن الشركة إن بطلت.. فالوكالة المصريح بها قائمة، فكان مشتركاً بينهما بحكم الوكالة المصريح بها في «المبسوط» بقوله: بأن قالاً عند عقد الشركة: على أن ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركاً بينهما.

هذا؛ فإذا كان المشتري لهما.. تكون الشركة فيه (شركة ملك) لبطلان شركة العقد.

(ورجع) على شريكه (بحصته)؛ لأنه وكيل من جهته، ونقد الثمن من مال نفسه.

(وإلا)؛ أي: وإن لم يوكله صريحاً، بل قد كان ذكر مجرد الشركة (.. فللمشتري

فقط)؛ لأن وقوع المشتري على الشركة بينهما، بحكم الوكالة التي تضمنتها الشركة؛

وَلِكُلِّ مِنْ شَرِيكِي الْمَفَاوِضَةِ وَالْعَنَانِ أَنْ يُبْذَعَ، وَيُضَارَبَ، وَيَسْتَأْجَرَ،  
وَيُوكَّلَ، وَيُودَعُ.  
وَيَذُّهُ فِي الْمَالِ يَدُ أَمَانَةٍ.

فإذا بطلت الشركة.. بطل ما في ضمنها أيضاً.

بخلاف ما إذا صرح بالوكالة؛ لأنها مقصودة.

(ولكل من شريكي المفاوضة والعنان: أن يبذع)؛ لاعتیاد الناس في عقد الشركة الإبطاع، وهو: أن يعطي مالاً لرجل ويشترط الربح كله لرب المال.  
(ويضارب)؛ لأن المضاربة: هي المشاركة في الربح فقط، فتكون دون الشركة فتضمنها.

وعن أبي حنيفة: أنه ليس له ذلك؛ لأنها نوع شركة، والشيء لا يتضمن مثله.

والأول: أصح على ما في «الهداية»؛ لأن الشركة غير مقصودة في المضاربة، وإنما المقصود: تحصيل الربح [٧٤٧/أ].

(ويستأجر ويوكّل) بالبيع والشراء.

(ويودع)؛ للاعتیاد بينهم في عقد الشركة، ولا يقرض واحد منهما؛ كما في «الحاوي القدسي».

(ويده)؛ أي: يد كل من الشريكين مفاوضةً أو عناناً (في المال يد أمانة)؛ لأنه قبض المال بإذن المالك، لا على وجه البدل والوثيقة، فصار كالوديعة.. فيقبل قول كل منهما فيما يدعيه من الضياع والدفع؛ لما في «الحاوي القدسي»: والشريكان أمينان، يقبل قول كل واحد منهما على صاحبه فيما يدعيه من ضياع المال مع يمينه.  
وكذا أمين في الدفع أيضاً؛ كما في «تنوير الأبصار»؛ حيث قال: وهو أمين في المال، فيقبل قوله في الدفع إلى شريكه، ولو بعد موته. انتهى.

ولكل واحد منهما أن يشتري بالنسيئة وإن كان مال الشركة في يده استحساناً.  
وليس لأحد شريكي العنان رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه  
والارتهان بدين له.

بخلاف المفاوض: فإن له أن يرهن ويرتهن على شريكه؛ فإن رهن في العنان  
متاعاً من مال الشركة بدين عليهما.. لم يجز، وكان ضامناً للرهن.

ولو ارتهن بدين لهما.. لم يجز على شريكه؛ فإن هلك الرهن في يده وقيمته  
والدين سواء.. ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته على المديون، ويرجع المديون  
بنصف قيمة الرهن على المرتهن.

وإن شاء شريك المرتهن.. ضمن شريكه حصته من الدين؛ لأن هلاك الرهن في  
يده كالأستيفاء.

وكذا إذا باع أحدهما.. فليس للآخر قبضه، وللمديون أن يمتنع من دفعه؛ فإن  
دفعه إليه.. برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر.

وليس لواحد منهما أن يخاصم فيما أدانه الآخر أو باعه، والخصومة للذي باع  
وعليه.

ولا أن يؤخر ديناً؛ فإن أخره.. لم يمض على الآخر، وكذا لا يمضي إقرار  
أحدهما بدين في تجارتها على الآخر.

فإن أقر وأنكر الآخر.. لزم المقر جميع الدين إن كان هو الذي وليه؛ لأن حقوق  
العقد تتعلق بالعاقد وكيلاً كان أو مباشراً.

وإن أقر أنهما ولياه وأنكر الآخر.. لزمه نصفه.

ولو اشترى أحدهما شيئاً فوجد به عيباً.. لم يكن للآخر أن يردّه؛ لأن ذلك من  
حقوق العقد فيرجع على العاقد، بخلاف المفاوض في جميع ذلك؛ فإنه يمضي  
إقراره على الآخر، ويجوز قبض كل من المفاوضين [٧٤٧/ب] ما أدانه الآخر، أو

وَشَرَكَةُ الصَّنَائِعِ وَالتَّقْبِيلِ، وَهِيَ: أَنْ يَشْتَرِكَ خِيَّاطَانِ، أَوْ صَبَّاغٌ وَخِيَّاطٌ عَلَى أَنْ يَتَقَبَّلَا الْأَعْمَالَ، وَيَكُونُ الْكَسْبُ بَيْنَهُمَا.  
وَلَوْ شَرَطَا الْعَمَلَ نِصْفَيْنِ، وَالرَّيْحَ أَثْلَاثًا.. جَازَ.  
وَكُلُّ عَمَلٍ تَقَبَّلَهُ أَحَدُهُمَا.. يُلْزَمُهُمَا،.....

أدائه، أو وجب لهما على رجل من غضب أو كفالة أو غير ذلك، أو يرد بعيب ما اشتراه الآخر، وكلّ منهما خصم عن الآخر، يطالب بما على صاحبه، وتقام عليه البيعة. كذا في «فتح القدير».

(وشركة الصنائع والتقبيل) - عطف على شركة عنان - (وهي: أن يشترك خياطان، أو صباغ وخياط: على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما)، وقال الشافعي: لا يجوز؛ لما ذكرناه من أصله: أن الشركة في الربح تبنى على الشركة في المال، ولا مال ههنا.

قلنا: المقصود من هذا العقد تحصيل الربح، وهو ممكن بالتوكيل بينهما، ولا حاجة إلى مال، ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان، خلافاً لمالك وزفر.

قلنا: إن المعنى المجوز لهذه الشركة - وهو تحصيل الربح - لا يتفاوت بتفاوت العمل والمكان.

(ولو شرطوا العمل نصفين، والربح أثلاثاً.. جاز) في الاستحسان؛ لأن ما يأخذه كل واحد منهما لا يأخذه ربحاً؛ لأنه ليس ربحاً في الحقيقة؛ لأن حقيقة الربح إنما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح، وهو ههنا مختلف؛ لأن رأس المال عمل، والربح مال، فإنما يقال له ربح مجازاً، وإذا لم يكن المأخوذ ربحاً حقيقة.. فإنما هو بدل عمله، والعمل يتقوم بالتقوم، فيقدر بقدر ما قوم به، فلا تحرم.

(وكل عمل تقبله أحدهما يلزمهما)، وهذا ظاهر في شركة المفاوضة: لتضمنها معنى الكفالة على ما مر، وفي العنان: استحسان، وجهه: أن هذه الشركة مقتضية

فَعَلَى كُلِّ مِنْهُمَا الطَّلَبُ بِالْعَمَلِ.

وَلِكُلِّ مِنْهُمَا طَلَبُ الْأَجْرِ.

وَيَبْرَأُ الدَّافِعُ بِالدَّفْعِ إِلَى أَحَدِهِمَا.

وَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا.

وَإِنْ عَمَلَ أَحَدُهُمَا فَقَطَّ.

وَشَرَكَةُ الْوُجُوهِ، وَهِيَ: أَنْ يَشْتَرِكَا وَلَا مَالَ لَهُمَا عَلَى أَنْ يَشْتَرِيا

بِوُجُوهِمَا وَيَبِيعَا.

وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا؛ .....

للضمان، ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر، فجزى مجرى المفاوضة.

(فعلى كل منهما) أي: من الشريكين : (الطلب بالعمل، ولكل منهما طلب الأجر) لكون العمل مضموناً عليه، (ويبرأ الدافع) أي: دافع الأجر (بالدفع إلى أحدهما، والكسب بينهما) على ما شرطنا، (وإن) - وصلية - (عمل أحدهما فقط)؛ لعدم اشتراط المساواة في العمل.

(وشركة الوجوه) - عطف على شركة الصنائع - (وهي أن يشتركا، ولا مال لهما، على أن يشتريا بوجوههما) أي بوجاهتهما، ولهذا سمي بشركة الوجوه؛ لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجاهة عند الناس.

(ويبيعا) أي: بوجوههما.

(والربح بينهما) على ما شرطنا.

وقال الشافعي: لا تجوز شركة الوجوه؛ لما مر من أصله: أن الربح عنده فرع، ولا مال هنا.

قلنا: إن الشركة في الربح [١/٧٤٨] مستندة إلى العقد لا إلى المال على ما بيناه.

فَإِنْ شَرَطَ هَا مُفَاوَضَةً.. صَحَّتْ، وَمَطْلَقُهَا: عَنَا. وَتَنْضُمُ الْوَكَالَةَ فِيْمَا يَشْتَرِيَانِهِ. فَإِنْ شَرَطَا مُنَاصَفَةَ الْمُشْتَرِي أَوْ مِثَالَتَهُ.. فَالرِّبْحُ كَذَلِكَ. وَشَرَطُ الْفَضْلِ بَاطِلٌ.

(فإن شرطها مفاوضة.. صحت) إذا كانا من أهل الكفالة؛ لأنه حينئذ يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الثمن والمثمن، فيكون ثمن المشتري على كل واحد منهما نصفه ويكون المشتري بينهما نصيفين.

ولا بدّ من التلطف بلفظ المفاوضة أو ما يقوم مقامه.

وإذا أطلقت من لفظ المفاوضة.. كانت عناناً؛ لأن المطلق ينصرف إليه؛ لكونه المعتاد فيما بين الناس، وإليه أشار بقوله : (ومطلقها: عنان) أي: مطلق شركة الوجه.

(وتتضمن ) شركة الوجه : (الوكالة ) أي: وكالة كل منهما عن الآخر (فيما يشتريانه)؛ لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو ولاية، ولا ولاية ههنا.. فتتعين الأولى.

(فإن شرطاً مناصفة المشتري أو مثالثته.. فالربح كذلك) أي: على المناصفة أو المثالته.

(وشرط الفضل) في الربح (باطل)؛ لأن الربح لا يستحق إلا بالعمل أو بالمال أو بالضمان، فرب المال يستحقه بالمال، والمضارب بالعمل، والأستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف مثلاً بالضمان؛ لأنه ضامن، ولا يستحق بما سوى ذلك. وفي شركة الوجه: إنما يستحقه بالضمان لا بالمال ولا بالعمل، والضمان على قدر المالك في المشتري، فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن.. فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة، والوجه ليست في معناها؛ لأن المال في الوجه مضمون على كل واحد من الشريكين.

وأما المال في المضاربة.. فليس بمضمون على المضارب، ولا العمل على رب المال، بخلاف العنان؛ فإنه في معنى المضاربة من حيث إن كل واحد يعمل في مال صاحبه؛ كالمضارب يعمل في مال رب المال، فليحق بها.

اعترض بأن ربح ما لم يضمن لو جاز في العنان لشبهة بالمضاربة.. لصحت الشركة بالعروض في العنان، لكنه لا يجوز ذلك؛ لكونه مؤدياً إلى ربح ما لم يضمن على ما تقدّم.

وأجيب: بأن عدم جواز الشركة بالعروض في العنان ليس لمجرد تأديه إلى ربح ما لم يضمن، بل لأنه انضم إلى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة، حتى لو كان الضمان بالعروض مؤدياً إلى ربح ما لم يضمن فقط.. لا غفرناه، لكنه انضم إلى ذلك هذه الجهالة؛ فمنعناه، وليس في المضاربة ما يقتضي اغتفاره حتى يلحق به.

\* \* \*



### تَيْمَّةٌ فِي فَنَسْخِ الشَّرِكَةِ

[٧٤٨/ب] قالوا: إنكار الشركة فسخ، وهل يقبل التوقيت؟

ففي أول شركة «البزازية»: فيه روايتان كما في الوكالة، حتى لو قال: ما اشتريت اليوم فهو بيتنا، فاشتري في اليوم شيئاً.. فهو بينهما، وما اشتري بعد اليوم.. فللمشتري خاصة، وهو الصحيح.

والتقييد بالمكان صحيح، حتى لو قال أحد الشريكين لصاحبه: اخرج إلى خوارزم ولا تتجاوز.. صح، فلو جاوز عنه.. ضمن حصة شريكه.

والتقييد بالنقد صحيح، حق لو قال لصاحبه: لا تبع بالنسيئة.. صح.

ولو اشتركا عناناً على أن يبيعا نقداً ونسيئة، ثم نهى أحدهما صاحبه عن البيع نسيئة.. صح.

ثم قال في الفصل الثالث: وعن الثاني: ليس لأحدهما أن يسافر بمال الشركة بلا إذن الآخر؛ فإن سافر فهلك في يده.. لا ضمان فيما لا حمل ولا مؤنة له، ويضمن ما له حمل ومؤنة.

\* \* \*

### (فَضْلٌ)

وَلَا تَجُوزُ الشَّرْكََةُ فِيمَا لَا تَصِحُّ الْوَكَالَةُ؛ كَالِاحْتِطَابِ، وَالِاحْتِشَاشِ،  
وَالِاصْطِيَادِ، وَالِاسْتِقَاءِ.  
وَمَا جَمَعَهُ كُلُّ وَاحِدٍ.. فَلَهُ.

### (فَضْلٌ)

#### فِي بَيَانِ الشَّرْكَةِ الْفَاسِدَةِ

(ولا تجوز الشركة فيما لا تصح الوكالة) به (كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاستقاء، وما جمعه كل واحد) منهما (..فله)؛ لأن هذه الأشياء مباحة الأخذ، والشركة تقتضي التوكيل على ما مر، والتوكيل يقتضي صحة أمر الموكل، ولكنه لا يصح للإباحة، ولأن الوكيل إنما يملكه بدون أمر الموكل، فلا يصح أن يكون نائباً عنه.

وقال في «فتح القدير»: وعلى هذا: الاشتراك في كل مباح؛ كأخذ الكلاً والثمار من الجبال؛ كالجوز والتين والفسقون وغيرها، وكذا في نقل الطين وبيعه من أرض مباحة، أو الحصى أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية. وكذا إذا اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك ويطحخا آجرأ، هذا قبل خلط كل ما جمعه.

وأما بعد الخلط: ففي «قاضي خان» و«الخلاصة»: وإن أخذه منفردين وخلطاه وباعاه.. قسم الثمن بينهما على قدر ملكهما؛ فإن لم يعرف ملك كل واحد منهما.. يصدق كل واحد منهما إلى النصف، وفي الزيادة على النصف: عليه البينة؛ لأن الشركة تعتمد الوكالة، ولو وكل إنساناً بأن يحتطب له.. لا يصح التوكيل، ويكون الحطب للمحتطب لا للموكل. انتهى.

أقول: قد ظهر منه: أنه يصدق يمينه في دعوى الزيادة في الشركة الصحيحة؛ لصحة الوكالة فيها، والدليل على ما قلنا [٧٤٩/١]: ما ذكره في وكالة «الأشباه»:

وَأِنْ أَعَانَهُ الْآخَرُ.. فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ، لَا يُزَادُ عَلَى نِصْفِ ثَمَنِ الْمَأْخُودِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ.  
وَمَا أَخَذَاهُ مَعًا.. فَلَهُمَا نِصْفَيْنِ.

الوكيل يقبل قوله بيمينه فيما يدعيه، إلا الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه كان قبضه في حياته ودفعه إليه.. فإنه لا يقبل قوله إلا بينة كما في «اللولو الجي» انتهى.

وقد استفتيت عن هذه المسألة: فأجبت بأنه يصدق بيمينه، ولا يطالب بالبينه في دعوى الزيادة بعد كون الشركة صحيحة؛ مستدلاً بما ذكرناه عن «الأشباه».

(وإن أعانته الآخر) بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر، أو قلعه وجمعه، وحمله الآخر (.. فله أجر مثله)؛ لأنه استوفى منفعته بعقد فاسد، (لا يزداد على نصف ثمن المأخوذ) أي: قيمته، والمراد: ثمنه بعد البيع (عند أبي يوسف)؛ لأنه قد رضي بنصف المجموع في الابتداء، وإن كان المجموع مجهولاً في الحال، لكنه على عرفة أن يصير معلوماً عند الجمع؛ فإذا كان راضياً في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد.. كان راضياً بنصف قيمته في الانتهاء، فلا يجاوز نصفه؛ لأنه يعتبر رضاه في إسقاط حقه عن مطالبة الزيادة.

(خلافاً لمحمد) قال: يجب الأجر بالغاً ما بلغ؛ لأنه يمكن بالتقدير بنصف قيمة المجموع؛ لأنه مجهول جهالة فاحشة جنساً وقدرًا، حيث لا يدري أي نوع من الحطب يصيبان وأي قدر منه يجمعان؛ فإذا لم يمكن التقدير.. لا يمكن أن يقال: إن المعين رضي بنصف المسمى من الحطب أو غيره؛ لأن الرضاء بالمجهول لا يتحقق، فيجب الأجر بالغاً ما بلغ، ألا ترى أنه لو أعانته عليه، فلم يصيب شيئاً.. كان له الأجر بالغاً ما بلغ.. فههنا: أولى؛ لأنهما أصابا.

(وما أخذه مَعًا.. فلهما نصفين)؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق.

وَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَغْلٌ وَلِلْآخِرِ رَاوِيَةٌ فَاسْتَقَى أَحَدُهُمَا.. فَالْكَسْبُ لَهُ  
وَلِلْآخِرِ أَجْرٌ مِثْلُ مَالِهِ.

وَالرِّبْحُ فِي الشَّرْكَةِ الْفَاسِدَةِ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ.  
وَيَبْطُلُ شَرْطُ الْفَضْلِ.

وَتَبْطُلُ الشَّرْكَةُ: بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، وَيَلْحَاقُهُ مُرْتَدًّا إِنْ حُكِمَ بِهِ.

(وإن كان لأحدهما بغل وللآخر راوية) وهي في «الأصل»: بعير السقاء؛ لأنه يروي الماء، ثم استعمل في المزايدة التي تكون من جلدين يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع، وهو المراد ههنا.

(واستقى أحدهما.. فالكسب له) أي: لمن استقى؛ سواء كان صاحب بغل أو صاحب راوية.

(وللآخر أجر مثل ماله) إن كان ماله بغلاً.. فله أجر مثل بغله، وإن كان راوية فله أجر مثل راويته، وإنما استحق أجر المثل؛ لما مر من أن العامل استوفى منفعته بعقد فاسد.

(والربح في الشركة الفاسدة على قدر المال، ويبطل شرط الفضل)؛ لأن الربح فيه تابع للمال؛ لفساد العقد [٧٤٩/ب] فيتقدر بقدره.

فإن قيل: قد تقدم أن الربح تابع للعقد عندنا لا للمال، وإنما يتبع للمال عند الشافعي.

أجيب: بأنه تابع للعقد إذا كان العقد موجوداً، وههنا قد فسد فلم يوجد، فيكون تابعاً للمال؛ لأنه شرط العقد، والحكم يضاف إلى الشرط إذا لم تصلح العلة للإضافة إليها.

(وتبطل الشركة) أي: شركة العقد (بموت أحدهما ويلحقه مرتدًّا إن حكم به) أي باللاحق؛ لأن الشركة تتضمن الوكالة البتة على ما مر؛ والوكالة تبطل بموت

الموكل ولحقه وجنونه؛ سواء علم الوكيل بموته ولحقه وجنونه أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكمي.. فكذاك تبطل الشركة بها أيضاً.

فإن قيل: إن الوكالة لما ثبتت في ضمن الشركة.. كانت تابعة لها، ولا يلزم من بطلان التابع: بطلان المتبوع.

أجيب: بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث إنها شرطها، ومن البين أن المشروط لا يبقى بدون الشرط، بل يبطل ببطلانه بالضرورة بلا توقف على علمه، بخلاف ما إذا لم يمت، لكن فسخ أحدهما الشركة بينه وبين شريكه ولم يعلم شريكه؛ فإنه لا تنفسخ الشركة ما لم يعلم صاحبه فسخه؛ لأنه فسخ فقدي.

ثم إذا علم شريكه فسخه.

فإن كان رأس مال الشركة دراهم أو دنائير.. انفسخت الشركة.

وإن كان عروضاً وقت الفسخ.. لا رواية فيه عن أصحابنا في الشركة، إنما الرواية في المضاربة، ذكر الطحاوي: أنها لا تنفسخ كالمضاربة، وعامة المشايخ فرقوا بينهما وقالوا: يجوز فسخ الشركة وإن كان المال عروضاً، بخلاف المضاربة. كذا في «الخلاصة».

وقال فيه أيضاً: إنكار الشركة فسخ لموت أحدهما؛ فإذا أنكر أحدهما.. فلا يثبت إلا بالينة.

فلو ادعى رجل على رجل أنه يشاركه، فأنكر المدعي عليه ذلك والمال في يد المنكر، فأقام المدعي البينة، فشهد الشهود أنه مفاوضة، وأن هذا المال الذي في يديه من شركتهما، أو قالوا: هو بينهما نصفان، أو لم يقولوا ذلك ولكنهم شهدوا أنه مفاوضة.. فإنه يقضى للمدعي بنصفه في الصور الثلاث:

أما في الصورة الأولى والثانية: فظاهر؛ لأن المفاوضة تقتضي المساواة في المال.

وأما في الثالثة - أعني: «إذا شهدوا أنه مفاوضة ولم يزيدوا على ذلك» - قال الإمام السرخسي: هذا والأول سواء، يقضى بالمال بينهما؛ لأنهم قالوا: إنه مفاوضة [٧٥٠/١]، وقضية المفاوضة المساواة في المال، وإذا قضى بينهما: فلو أن المدعى عليه أقام البينة على أن المال له ميراث أو هبة أو صدقة من غير المقضي له:

إن كان شهود المدعي الأول شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال الذي في يده من شركتهما، أو شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال الذي في يده بينهما نصفان.. لا تقبل بينة المدعى عليه على الميراث والهبة والصدقة.

وإن كان شهود المدعي الأول شهدوا أنه مفاوضة ولم يزيدوا على ذلك.. ذكر شمس الأئمة السرخسي فيه خلافاً، وقال: على قول أبي يوسف: لا تقبل بينة المقضي عليه، وعلى قول محمد في هذا الوجه: تقبل، وفي الوجهين الأولين: لا تقبل.

ولو أن المدعى عليه ادعى عينا أنه له خاصة وهب شريكه منه حصته، وأقام البينة على الهبة والقبض.. قبلت بينته؛ لأن في هذا تقرير القضاء الأول.

وإذا مات أحد المتفاوضين، والمال في يد الباقي منهما، فادعى ورثة الميت المفاوضة، وجحد الحي، فأنكر الورثة البينة أن أباهم كان شريكه شركة مفاوضة.. لا يقضى لهم بشيء مما في يد الحي، إلا أن يقيموا البينة أنه من شركة أبيهم، أو يقيموا البينة أن المال كان في يد الميت في حياته.. قبلت بينة الوارث.

ولو كان المال في يد الورثة وهم يجحدون الشركة، فأقام الحي البينة على شركة المفاوضة، وأقام الورثة بينة أن أباهم مات وترك هذا ميراثاً من غير شركة بينهما.. لا تقبل بينة الورثة، ويقضى بنصف المال في قول أبي حنيفة، وفي قول محمد: تقبل بينة الوارث على الميراث. كذا في شركة «قاضي خان».

وَلَا يُزَكِّي أَحَدُهُمَا مَالَ الْآخَرِ بِلَا إِذْنِهِ؛ فَإِنْ أَذِنَ كُلُّ لَصَاحِبِهِ فَأَدْيَا مَعًا..  
ضَمِنَ كُلُّ حِصَّةٍ صَاحِبِهِ.

وَإِنْ أَدْيَا مُتَعَاقِبًا.. ضَمِنَ الثَّانِي، عِلْمٌ بِأَدَاءِ الْأَوَّلِ، أَوْ لَا.  
وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ إِنْ لَمْ يَعْلَمْ.

وقال في «النوازل»: جَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ مُطَبِّقًا، وَعَمِلَ آخَرَ وَرَبِحَ أَوْ خَسِرَ؛ قَالَ أَبُو النَّصْرِ: مَا عَمِلَ إِلَى أَطْبَاقِ الْجُنُونِ.. فَعَلَى مَا شَرَطَاهُ، وَمَا عَمِلَ بَعْدَهُ.. يَكُونُ عَلَى الْعَامِلِ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ تَنْفَسَخُ بِإِطْبَاقِهِ كَالْمَوْتِ، فَيَكُونُ الْعَامِلُ بَعْدَهُ كَالْغَاصِبِ لِمَالِ الْمَجْنُونِ، فَيُضْمَنُ لَهُ حِصَّتُهُ مِنَ الْمَالِ، وَمَا رَبِحَ مِنْ حِصَّةِ نَفْسِهِ.. يَطِيبُ لَهُ، وَمَا رَبِحَ مِنْ حِصَّةِ الْمَجْنُونِ.. يَتَصَدَّقُ بِهِ؛ لِحَصُولِهِ بِسَبَبِ خَبِيثٍ وَهُوَ الْغَضَبُ.

(وَلَا يُزَكِّي) أَي: لَا يُؤَدِّي (أَحَدُهُمَا) زَكَاةَ (مَالِ الْآخَرِ بِلَا إِذْنِهِ)؛ لِأَنَّ أَدَاءَ الزَّكَاةِ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ التَّجَارَةِ، فَلَا بَدَّ مِنَ الْإِذْنِ [٧٥٠/ب].

(فَإِنْ أَذِنَ كُلُّ لَصَاحِبِهِ فَأَدْيَا مَعًا.. ضَمِنَ كُلُّ حِصَّةٍ صَاحِبِهِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ عِلْمُ أَدَاءِ صَاحِبِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ.

(وَإِنْ أَدْيَا مُتَعَاقِبًا.. ضَمِنَ الثَّانِي، عِلْمٌ بِأَدَاءِ الْأَوَّلِ أَوْ لَا) يَعْلَمُ.

(وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ إِنْ لَمْ يَعْلَمْ) فِي الْوَجْهَيْنِ.

وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ: الْمَأْمُورُ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى الْفَقِيرِ بَعْدَمَا أَدَّى الْأَمْرَ بِنَفْسِهِ.

لَهُمَا: أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالتَّمْلِيكِ مِنَ الْفَقِيرِ وَقَدْ أَتَى بِهِ، فَلَا يَضْمَنُ لِلْمَوْكَلِّ، وَهَذَا لِأَنَّ فِي وَسْعِهِ التَّمْلِيكَ، لَا وَقُوعَهُ زَكَاةً؛ لِتَعَلُّقِهِ بِنِيَّةِ الْمَوْكَلِّ، وَإِنَّمَا يُطْلَبُ مِنْهُ مَا فِي وَسْعِهِ، وَصَارَ كَالْمَأْمُورِ بِذَبْحِ دَمِ الْإِحْصَارِ إِذَا ذَبَحَ بَعْدَمَا زَالَ الْإِحْصَارُ وَحَجَّ الْأَمْرُ.. لَمْ يَضْمَنِ الْمَأْمُورُ؛ عِلْمٌ أَوْ لَا.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ، وَالْمُؤَدِّي لَمْ يَقَعْ زَكَاةً، فَصَارَ مُخَالَفًا، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْأَمْرِ: إِخْرَاجَ نَفْسِهِ عَنْ عَهْدَةِ الْوَاجِبِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَلْتَزِمُ

الضرر إلا لدفع ضرر بقاء الواجب في ذمته، وهذا المقصود حصل بأدائه وعري أداء المأمور عنه، فصار معزولاً؛ علم أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكمي.

اعترض عليه: بأنه يشكل بالوكيل بقضاء الدين؛ فإن هناك إذا قضى الموكل بنفسه، ثم قضى الوكيل؛ فإن علم بأداء الموكل.. فهو ضامن، وإن لم يعلم.. لم يضمن شيئاً، فقد فرق هناك بين العلم وعدمه، مع أنه حصل العزل الحكمي هناك أيضاً بأداء الموكل.

وأجيب: بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضموناً على القابض على ما هو الأصل في قضاء الديون؛ لأن الديون تقضى بأمالها، وذلك يتصور بعد أداء الموكل، فلم يكن أدائه موجباً عزل الوكيل حكماً، بخلاف ما نحن فيه؛ لأن الوكيل فيما نحن فيه ليس مأموراً بجعل المؤدى مضموناً على القابض وهو الفقير؛ لأن الصدقة لا تضمن.

توضيح هذا الفرق: أن هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بقضاء الدين لجهله بأداء الموكل.. لا يلحق الموكل فيه ضرر؛ لأنه يتمكن من استرداد الضرر بالموكل؛ لأنه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه، والضرر مدفوع، فلهذا وجب الضمان بكل حال.

وأما مسألة دم الإحصار.. فقد قيل: إنها على الخلاف المذكور أيضاً، فلا تكون مقيساً عليها.

وعلى تقدير تسليم أن المأمور بذبحه لا يضمن بالاتفاق، لكن الفرق بينهما: أن دم الإحصار ليس بواجب النية؛ لأنه لو صبر إلى أن يزول الإحصار [٧٥١/أ].. لم يطالب بدم الإحصار، فلم يكن أمراً مقصوداً، فلم يمكن أن يقال: إن المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور، فعري فعل المأمور عن المقصود، بخلاف أداء الزكاة؛ فإنه واجب، فكان إسقاط الواجب أمراً مقصوداً، وقد حصل هذا المقصود بأداء الأمر نفسه، فعري فعل المأمور عن المقصود.. فيضمن.



فَإِنْ أَذِنَ أَحَدُ الْمَفَاوِضِينَ لَشَرِيكِهِ أَنْ يَشْتَرِيَ أُمَّةً لِيَطَّأَهَا فَفَعَلَ.. فَهِيَ لَهُ  
خَاصَّةٌ، بِلَا شَيْءٍ، وَيُؤْخَذُ كُلُّ بَثْمِنِهَا.  
وَقَالَا: يَضْمَنُ حِصَّةَ شَرِيكِهِ.

ثم ما ذكره المصنف في تقرير مذهب الإمامين بقوله: «وقالا: لا يضمن» هو  
المذكور في «الهداية» و«الكتز».

وقال في «فتح القدير»: هكذا ذكره في كتاب الزكاة من «المبسوط»، ونقل  
الولوالجي: أن في بعض المواضع لا يضمن عندهما وإن علم بأداء المالك.  
ونص في «الزيادات» العتابي: أن عندهما لا يضمن؛ علم بأدائه أو لم يعلم،  
وقال: وهو الصحيح عندهما.

(فإن أذن أحد المفاوضين لشريكه أن يشتري أمة ليطأها، ففعل.. فهي له) أي:  
للشريك الذي اشتراها (خاصة)؛ لأن من ضرورة حلّ الوطء اختصاصه بالملك؛ إذ  
لو وقع مشتركاً.. يحرم عليه الوطء.

وهل يلزمه الإذن صريحاً، أو يكفي سكوت الشريك؟

ففي «شرح المنظومة» لابن الشحنة: أحد الشريكين شركة مفاوضة إذا قال  
لصاحبه: أنا أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي، فسكت شريكه، فاشتراها.. لا يكون  
له ما لم يقل شريكه: نعم. انتهى.

فعلم منه أن السكوت لا يكفي. وهل يكفي في شركة العنان؟  
ففي «الأشباه»: أنه يكفي.

لكن المصريح في «العمادية» و«الفصولين»: أنه لا يكفي كما في المفاوضة.  
وكذا المصريح في شركة «الخلاصة» و«البزازية»: أن السكوت لا يكفي فيها.  
(بلا شيء) على المشتري.

(ويؤخذ كل بثمانها) عند أبي حنيفة.

(وقالا: يضمن حصة شريكه)؛ لأن الشراء وقع للمأذون له خاصة؛ لاختصاص  
الملك له على ما ذكرناه، فكان الثمن واجباً عليه خاصة، وقد أداه من مال الشركة،

فيرجع عليه بحصته؛ كما إذا اشترى طعاماً أو كسوة لأهله وأدى ثمنه من مال الشركة.  
ولأبي حنيفة: أن الشراء وقع على الشركة وأدى الثمن من مال الشركة.. فلا يرجع عليه صاحبه بشيء؛ كما لو اشتراها بغير إذن شريكه وأدى ثمنه من مال الشركة، وهذا لأن مقتضى المفاوضة: أن يقع كل ما اشتراه الشريكان مشتركاً بينهما غير المستثنيات؛ كالطعام والكسوة على ما مر، وشراء الجارية ليس بمستثنى، فيقع [٧٥١/ب] مشتركاً؛ لأنهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها، وتكون حلالاً للمشتري، لا لوقوع الشراء له خاصة، بل لأن المشتري يملك نصيب الشريك بعد الشراء بتمليك من جهته، وهذا التملك يثبت في ضمن الإذن بالوطء؛ إذ مع وقوع الشراء على الشركة لا يحلّ له الوطء إلا بعد التملك بنصيبه منه بطريق الهبة اقتضاء، فكأنه قال: اشترأمة على الشركة، ثم تملك نصيبى بالهبة؛ لأن هبة المشاع فيما لا ينقسم جائزة، والجارية ممّا لا ينقسم.

اعترض ههنا بوجهين:

أحدهما: أن من قال: أعتق عبدك عني ولم يذكر المال، ففعل.. لا يصير هبة عند أبي حنيفة ومحمد، والعتق يقع عن المأمور لانتفاء القبض الذي هو شرط الهبة، فكيف صار هبة فيما نحن فيه؟!

والثاني: أن من قال لغيره: أحللت لك وطء هذه الجارية.. لا تصير؛ ملكاً للمخاطب حكماً للهبة بالإحلال، فكيف يثبت الملك في نصيب الشريك من الجارية بالهبة حكماً للإذن بالوطء؟!

أجيب عن الأول: أن ذلك إنما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها، وما نحن فيه ليس كذلك؛ لأنه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل، ثم يقبضه لنفسه.  
وعن الثاني: بأن الملك إنما لم يثبت في ذلك لكونه قصداً، وفيما نحن فيه يثبت في ضمن الإذن بالوطء لا قصداً، والشيء قد يثبت ضمناً، ولا يثبت قصداً.

# (كتاب الوقف)



## (كِتَابُ الْوَقْفِ)

هُوَ حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ؛ كَالْعَارِيَةِ.....

## (كِتَابُ الْوَقْفِ)

قال في «المصباح»: وقفت الدابة تقف وقفاً ووقوفاً: سكنت، ووقفتها أنا، يتعدى ولا يتعدى، وقفت الدار وقفاً: حبستها في سبيل الله تعالى، وشيء موقوف ووقف أيضاً؛ تسمية له بالمصدر، والجمع: أوقاف؛ مثل: ثوب وأثواب، ووقفت الرجل عن الشيء: منعت عنه، وأوقفت الدار والدابة بالألف: لغة تميم، وأنكرها الأصمعي. انتهى.

هذا معناه في اللغة.

وفي اصطلاح الشرع: ما أشار إليه بقوله: (هو حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة كالعارية)، هكذا عرّفه أبو حنيفة، قالوا: مقتضاه أن لا يصح الوقف عنده؛ لأنه قال: «والتصدق بالمنفعة» والتصدق بالمعدوم لا يصح.

وقال في «المبسوط»: وأما أبو حنيفة.. فكان لا يجيز الوقف.

وقال في «قاضي خان» في فتاواه: ويظاهر هذا اللفظ أخذ بعض الناس فقال: «عند أبي حنيفة لا يجوز الوقف»، وليس كما ظن، بل [٧٥٢/١] هو جائز عند الكل:

إلا أن عند أبي يوسف ومحمد: إذا صح الوقف.. يزول عن ملك الواقف:

عند أبي يوسف: يزول لمجرد الوقف، ولا يجوز بيعه، ولو مات لا يورث عنه.

وعند محمد: لا يزول عن ملك الواقف إلا بالتسليم إلى المتولي أو إلى

الموقوف عليه.

وعند أبي حنيفة: يجوز الوقف جواز الإعارة: تصرف المنفعة إلى جهة الوقف

وتبقى العين على ملك الواقف، له أن يرجع عنه، ويجوز بيعه، وإن مات.. يورث

عنه.

لا يلزم عنده إلا بطريقين:

أحدهما: قضاء القاضي بلزومه؛ لأنه مجتهد فيه.

والثاني: أن يخرج مخرج الوصية، فيقول: «أوصيت بَعْلَةً داري هذه، أو بَعْلَةً أرضي هذه» أو يقول: «جعلت هذه الدار وقفاً فتصدقوا بَعْلَتها على المساكين».

وكذا لو أوصى بأن يوقف.. يجوز من الثلث في قولهم.

وعندهما: الوقف لازم بغير هذه التكاليفات، والناس لم يأخذوا بقول أبي حنيفة.

انتهى.

وبهذا يندفع ما قالوا: إن مقتضى التعريف المذكور: أن لا يصح الوقف عنده؛ بناء على أن تصدق المنفعة المعدومة لا يصح، وهذا لأنه لما كان جوازه عنده جواز الإعارة... صح تملك منفعته كما في الإعارة؛ لأنها تملك المنفعة المعدومة وقت الإعارة.

وفي «الخلاصة» عن «شرح الطحاوي»: أن الوقف في قول أبي حنيفة على ثلاثة أوجه:

في وجه: لا يجوز، وهو ما إذا وقف داره أو أرضه في صحته.. فإنه لا يجوز، وإن ذكر شرط الصحة.

وفي وجه: يجوز، وهو ما إذا وقف في حياته وجعله وصية بعد وفاته.. فإنه يجوز من ثلث ماله.

وفي وجه: لا يجوز في ظاهر الرواية، وهو ما إذا وقف في مرض موته.. فهو كالوقف في حالة الصحة.

وروى الطحاوي عن أبي حنيفة: أنه يجوز؛ كالوصية بعد وفاته. انتهى.

مراده بالجواز وعدمه في الوجوه: اللزوم وعدمه؛ على ما ذكرناه من «قاضي

خان»، وبه صرح في «البزاية».

فَلَا يُلْزَمُ وَلَا يَزُولُ مِلْكُهُ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ حَاكِمٌ.

بقي أن الوقف في الوجه الأول: لا يلزم إلا بأحد الطريقتين المذكورين.

وفي الوجه الثاني: يلزم بطريق الوصية.

والوجه الثالث: كالوجه الأول في ظاهر الرواية، وفي رواية الطحاوي عنه: مثل

الوجه الثاني.

وفي «الهداية»: صحَّح ظاهر الرواية؛ حيث قال: والصَّحيح: أنه لا يلزم عند أبي

حنيفة، وعندهما يلزم، إلا أنه يعتبر من [٧٥٢/ب] الثلث.

والوقف في الصحة من جميع المال.

واستدل أبو حنيفة على عدم لزومه بدون أحد الشرطين المذكورين، بما روي

مرفوعاً عن النبي ﷺ أنه قال: «لا حبس عن فرائض الله تعالى»؛ أي: لا مال يحبس

بعد موت صاحبه عن القسمة بين الورثة، وبما روي عن شريح: أنه جاء محمد ﷺ

ببيع الحبس.

وفي «المصباح»: الحبس يستعمل في كلّ موقوف.

فالأول يدلّ على أنه لا يزول عن ملك الواقف.

والثاني: يدلّ على أنّ لزومه كان في شريعة من قبلنا، وأن شريعتنا ناسخة

لذلك، فلا يزول عن ملكه بجعله وقفاً، ولأنه لو لم يبق في ملك الواقف.. لما جاز

الانتفاع به زراعةً وسكنى، وغير ذلك من التصرف فيه؛ بصرف غلاتها إلى مصارفها

ونصب القيتم، إلا أنه يملك منافعه بالتصدق؛ كتمليك العارية.

وأشار المصنف إلى ما ذكرنا من مذهب أبي حنيفة بقوله: (فلا يلزم، ولا يزول

ملكه، إلا أن يحكم به حاكم)، وحين حكم الحاكم.. يزول بالحكم عن ملكه لا إلى

مالك.

وطريق الحكم - على ما في «قاضي خان» وغيره -: أن يسلم الواقف ما وقفه إلى المتولي، ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعلّة عدم اللزوم، فيختصمان إلى القاضي، فيقضي القاضي باللزوم، هذا في القاضي.

وإذا حكّم رجلاً فحكم بينها بلزوم الوقف فاختلفوا فيه.. ففي «قاضي خان» و«الخلاصة»: والصحيح: أنه بحكم المحكم لا يرتفع الخلاف، وللقاضي أن يطله. قال في «الحاوي القدسي»: وإذا جعل أرضه أو داره وقفاً على الفقراء، أو سائر وجوه البر.. فعند أبي حنيفة: إن جعلها وقفاً حال حياته ولم يجعل وصية بعد وفاته.. فإنه يكون هذا الوقف صحيحاً في حق التصديق بالغلّة، وبالسكنى في الدار إلى حين وفاته، وتكون ربة الأرض باقية على ملكه، حتى يجوز له بيعها وسائر تصرفات الملك فيها، وإذا مات.. يكون ميراثاً عنه.

وهذا معنى قول القائل: «أن الوقف لا يجوز عند أبي حنيفة»؛ لأن مثل هذا الوقف.. لا حكم له عنده سوى النذر بتصدق غلّته ومنافعه.

وإذا أجازت الورثة هذا النوع من الوقف.. يصير جائزاً مؤبداً، بحيث لا يتطرق إليه البطلان بعده أبداً، وإلا.. فلا.

وأما إذا وقف في حال حياته وأوصى به بعد وفاته: لا خلاف في جوازه، لكن ينظر حينئذ: إن خرج من الثلث.. يجوز في الكل، وإن لم يخرج من الثلث.. يجوز الوقف بقدر  $\left[\frac{1}{703}\right]$  الثلث، ويبقى الباقي إلى أن يظهر له مال آخر وتجزى الورثة.

فإن لم يظهر له مال آخر ولم تجز الورثة.. تقسم الغلة بينهم: الثلث للوقف، والثلثان للورثة.

وإذا وقف في مرضه وأوصى به.. فهو وحال الصحة سواء. انتهى.

ثم هل يكون القضاء به على الواقف قضاء على الناس كافة أو لا؟ ففيه خلاف؛ حكى عن شمس الأئمة الحلواني والقاضي الإمام السعدي: أنه يكون قضاء على



الناس كافة، حتى لو ادعى المتولي أرضاً في يد إنسان أنها وقف على جهة كذا، وأثبت الوقفية بالبينة، وقضي بها على ذي اليد، ثم ادعى رجل آخر هذه الضيعة لنفسه.. لا تسمع دعواه، وألحقاه هذان الإمامان بالقضاء بحرية الأصل؛ فإن الحكم بها حكم على الناس كافة.

وذكر أبو الليث في «فتاواه»: أنه لا يكون قضاء على الناس كافة، حتى لو ادعى رجل لنفسه.. تسمع، وبه أخذ الصدر الشهيد، وألحقاه بالقضاء بالملك، وإليه مال «قاضي خان»؛ حيث قال في «فتاواه»، في باب ما يبطل دعوى المدعي: أرض في يد رجل ادعى رجل أنها وقف، وبين شرائط الوقف، وقضى القاضي بالوقف، ثم جاء آخر وادعى أنه ملكه: قالوا: تقبل بينة المدعي؛ لأن القضاء بالوقف بمنزلة استحقاق الملك، وليس بتحرير.

ألا ترى: أنه لو جمع بين وقف وملك وباعهما صفقة.. جاز بيع الملك.

ولو جمع بين حر وعبد فباعهما صفقة واحدة.. لا يجوز بيع العبد.

دَلٌّ: أن القضاء بالوقف بمنزلة القضاء بالملك، وفي الملك: القضاء يقتصر على المقضي عليه وعلى من تلقى الملك منه، ولا يتعدى إلى الغير.. فكذا في الوقف انتهى.

وعزاه في «الخلاصة» إلى «الفتاوى الصغرى»، ثم قال: بخلاف العبد إذا ادعى العتق على إنسان وقضى القاضي بالعتق، ثم ادعى رجل أن هذا العبد ملكه.. لا تسمع؛ لأن القضاء بالعتق قضاء على جميع الناس، بخلاف الوقف.

وفي «البحر»: أن القضاء بالوقفية ليس قضاء على كافة؛ على المعتمد.. فتسمع الدعوى من غير المقضي عليه.

وأما القضاء بالحرية.. فقضاء على كافة، فلا تسمع الدعوى بعده بالملك لأحد.

ولا فرق بين الحرية الأصلية والعارضة بالإعتاق.

ثم قال نقلاً عن «الفتاوى الصغرى»: إذا قضى القاضي لإنسان بنكاح [٧٥٣/ب] امرأة أو نسب أو بولاء عتاقه، ثم ادعاه الآخر.. لا تسمع.

فعلى هذا: القضاء الذي يكون على الكافة في أربعة أشياء. انتهى.

يعني: الحرية، والنكاح، والنسب، وولاء العتاقة.

وهل يشترط الدعوى في الشهادة على الوقف أو لا؟

ففيه أيضاً خلاف: قيل: لا، وقيل: نعم.

وفي «العمادي»: أن الدعوى ليس بشرط لسماع البينة على الوقف؛ لأن الوقف حق الله تعالى، وهو التصديق بالغلة، فلا يشترط فيه الدعوى؛ كالشهادة على الطلاق وعتق الأمة، إلا أنه إذا كان الموقوف عليه مخصوصاً ولم يدع.. لا يعطى من الغلة شيئاً، وتصرف جميع الغلة إلى الفقراء؛ لأن الشهادة قبلت بحق الفقراء، فلا يظهر حكمها إلا في حقهم.

وقيل: ينبغي أن يكون الجواب على التفصيل: إن كان الوقف على قوم بأعيانهم.. لا تقبل البينة بدون الدعوى عند الكل.

وإن كان على الفقراء أو على المسجد:

عندهما: تقبل.

وعند أبي حنيفة: لا تقبل، ذكر رشيد الدين هذا التفصيل، وقال: هكذا فصله الإمام الفضلي، وهو المختار.

وهل تقبل... شهادة الموقوف عليه في أصل الوقف؟

وفيه تفصيل: ففي «الإسعاف»: إذا شهد اثنان أن رجلاً جعل أرضه وقفاً عليهما، أو على ولديهما، أو على ولد أحدهما، أو على نسائهما، أو نساء أحدهما،

قيل: أَوْ يُعَلِّقُهُ بِمَوْتِهِ بِأَنْ يَقُولَ: إِذَا مِتُّ فَقَدْ وَقَفْتُ.

أَوْ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِمَا وَعَلَى قَوْمٍ آخَرِينَ، أَوْ عَلَى قَرَابَتِهِ وَهَمَا مِنْ قَرَابَتِهِ، أَوْ عَلَى نَسْلِهِ وَهَمَا مِنْ نَسْلِهِ.. فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ.

وَلَوْ شَهِدَا بِأَنَّهُ جَعَلَهَا وَقْفًا عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ، وَعَلَى فَقَرَاءِ جِيرَانِهِ، وَهَمَا مِنْ فَقَرَاءِ الْجِيرَانِ.. جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ فَقَرَاءِ الْقَرَابَةِ وَفُقَرَاءِ الْجِيرَانِ: أَنَّ الْقَرَابَةَ لَا تَزُولُ، وَلَا تَنْقُطُ، وَالْجِيرَانُ تَنْقُطُ بِالتَّحْوِيلِ.

(قيل: أَوْ يَعلِّقُهُ بِمَوْتِهِ بِأَنْ يَقُولَ: إِذَا مِتُّ.. فَقَدْ وَقَفْتُ) دَارِي هَذِهِ أَوْ أَرْضِي هَذِهِ، أَوْ يَقُولَ: أَوْصَيْتُ بِغُلَّةٍ دَارِي هَذِهِ.

قَالَ فِي «مَخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ»: لَا يَزُولُ مَلِكُ الْوَاقِفِ، إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ أَوْ يَعلِّقُهُ بِمَوْتِهِ.

وَقَالَ فِي «الْهِدَايَةِ»: وَهَذَا فِي حُكْمِ الْحَاكِمِ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّهُ قَضَاءٌ فِي الْمَجْتَهَدِ فِيهِ، وَأَمَّا فِي تَعْلِيْقِهِ بِالمَوْتِ.. فَالصَّحِيحُ: أَنَّهُ لَا يَزُولُ مَلِكُهُ، إِلَّا أَنَّهُ تَصَدَّقَ بِمَنَافِعِهِ مُؤَبَّدًا، فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ بِالمَنَافِعِ مُؤَبَّدًا.. فَيَلْزَمُ. انْتَهَى.

وَالْحَاصِلُ: أَنَّهُ إِذَا عَلَّقَ الْوَقْفَ بِمَوْتِهِ.. اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فِيهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي لَزُومِ الْوَقْفِ وَعَدَمِ لَزُومِهِ:

فَقِيلَ: يَلْزَمُ وَيَزُولُ الْمَلِكُ بِالتَّعْلِيْقِ بِالمَوْتِ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ خُرُوجِ الْأَمْلَاقِ عَنْ مَلِكِهِ [٧٥٤/أ]، فَالتَّعْلِيْقُ بِهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَرَادَهُ الْخُرُوجَ عَنْ مَلِكِهِ.

وَقِيلَ: لَا يَلْزَمُ، وَلَا يَزُولُ عَنْ مَلِكِهِ، وَصَحَّحَهُ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» عَلَى مَا تَرَى، وَإِلَيْهِ أَشَارَ الْمُصَنِّفُ بِصِغَةِ التَّمْرِیْضِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْوَقْفَ تَصَدَّقُ بِالْغُلَّةِ، وَهُوَ لَا يَسْتَدْعِي زَوَالَ أَصْلِ الْمَلِكِ، وَلِأَنَّهُ تَصَدَّقَ بِالْغُلَّةِ دَائِمًا، وَلَا يُمْكِنُ التَّصَدَّقُ بِهَا عَلَى الدَّوَامِ، إِلَّا إِذَا بَقِيَ أَصْلُ الْمَوْقُوفِ عَلَى مَلِكِهِ، إِلَّا أَنَّهُ تَصَدَّقَ بِمَنَافِعِهِ مُؤَبَّدًا.. فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ بِالمَنَافِعِ، فَيَلْزَمُ لَزُومِ الوَصِيَّةِ.

وحاصل هذا القول: أنه وصية لازمة، لكن لم يخرج عن ملكه، فلا يتصرف فيه بيع ونحوه بعد موته؛ لما فيه من إبطال الوصية.

وله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا، وإنما يلزم بعد موته، لا قبله.

أقول: هذا الخلاف مبني على الخلاف في أن تعليق الوقف بالشرط هل يجوز أو لا يجوز؟

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: لو قال: «إن مت من مرضي هذا.. فأرضي هذه وقف» فبرأ من مرضه وباع أرضه.. جاز، وإن مات من مرضه هذا.. لا يكون وقفاً؛ لأن تعليق الوقف بالشرط لا يصح. انتهى.

وفي «فتح القدير»: وفي شروط الوقف: أن يكون منجزاً غير معلق بشرط، فلو قال: «إن قدم ولدي.. فداري صدقة موقوفة على المساكين» فجاء ولده.. لا تصير وقفاً انتهى.

وفي «الخانية»: لو قال: «إذا جاء غد فأرضي صدقة موقوفة» أو قال: «إذا ملكت هذه الأرض فهي صدقة موقوفة».. لا تجوز؛ لأنه تعليق، والوقف لا يحتمل التعليق. انتهى.

وفي «الفصولين»: عد الوقف مما لا يصح تعليقه بالشرط، ولم يقيد برواية. وقيدته في «العمادي» برواية؛ حيث قال فيه: ومما لا يصح تعليقه بالشرط: الوقف في رواية، فظهر: أن فيه روايتين.

وذكر في «الخلاصة» نقلاً عن الإمام السرخسي: أن تعليق الوقف والشرط صحيح.

وقال هلال: كلاهما باطل.

فمن ذهب إلى جواز تعليق الوقف بالشرط.. حكم بلزوم الوقف وزوال الملك، فيما نحن فيه.

ومن ذهب إلى عدم جوازه.. حكم بعدم لزومه وقفاً، ويلزم وصية بعد موته كسائر الوصايا.

هذا بخلاف ما لو قال: «إذا مت فاجعلوا أرضي وقفاً»؛ فإنه يصح وقفاً؛ كما لو قال: «إن دخلت الدار فاجعل أرضي وقفاً»؛ فإنه يصح وقفاً بالاتفاق؛ على ما صرح في «الخلاصة» و«البرازية».

وعلّلوها [٧٥٤/ب]: بأنه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه.

وإنما لا يصح تعليق الوقف بالشرط؛ لأن الوقف بمنزلة تمليك المنفعة من الموقوف عليه، والتملكات غير الوصية: لا تتعلق بالخطر.

ولهذا جزم محمد في «السير الكبير»: أن الوقف إذا أضيف إلى ما بعد الموت.. يكون باطلاً عند أبي حنيفة، وإنما لزم بطريق الوصية.

وفي «الزليعي»: لو علق الوقف بموته؛ بأن قال: «إذا مت فقد وقفت داري على كذا»، ثم مات.. صح ولزم إذا خرج من الثلث؛ لأن الوصية بالمعدوم جائزة؛ كالوصية بالمنافع، ويكون ملك الميت باقياً فيه حكماً، فيتصدق عنه دائماً.

وإذا لم يخرج من الثلث: يجوز بقدر الثلث، ويبقى الباقي إلى أن يظهر له مال آخر أو تجيز الورثة؛ فإن لم يظهر له مال آخر، ولا تجيز الورثة.. تقسم الغلة بينهما أثلاثاً، ثلثه للوقف، وثلثاه للورثة.

ولو علقه بالموت وهو مريض مرض الموت.. فكذلك الحكم؛ لأن الوصية لا تختلف بين أن تكون في الصحة أو في المرض.

ولو نَجَزَ الوقف في مرضه.. فهو بمنزلة المعلق بالموت؛ فيما ذكره الطحاوي، والصحيح: أنه بمنزلة المنجز في الصحة عند أبي حنيفة.. فلا يلزم عنده، ويلزم عندهما من الثلث. انتهى.

وَعِنْدَهُمَا: هُوَ حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى مَلِكِ اللَّهِ تَعَالَى، عَلَى وَجْهِ يَعُودُ نَفْعُهُ  
عَلَى الْعِبَادِ، فَيُلْزَمُ.

وَيَزُولُ مَلِكُهُ.....

وقد ذكرنا في أول الباب: أَنَّ ما صححه في الوقف في مرضه منجزاً: هو ظاهر  
الرواية.

(وعندهما: هو) أي الوقف: (حبس العين على ملك الله تعالى على وجه يعود  
منفعته إلى العباد)، كذا في «الهداية».

واعترض: بأن ملك الله تعالى في الأشياء لم يزل قط، ولا يزال، فلا معنى  
للحبس على ملكه عندهما؛ لأنه عند الكل كذلك.

أجيب: بأن معناه حبسه على ملكه خالصاً عن حق العباد، وبحيث لا يقدر فيه  
التصرف كيف يشاء كسائر أملاكه.

(فيلزم)؛ أي الوقف (ويزول ملكه)؛ أي: لا إلى مالك غير الله، بل إلى الله تعالى  
خالصاً عن حق العباد، من غير حاجة إلى القضاء باللزوم، أو إلى الإخراج مخرج  
الوصية بالتعليق بالموت؛ على ما هو عند أبي حنيفة على ما تقدم.

لهما: قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له يقال لها ثمغ:  
«تصدق بأصلها، لا يباع، ولا يورث، ولا يوهب».

ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه؛ ليصل ثوابه إليه على الدوام، وقد  
أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك وجعله لله تعالى.

وله نظير في الشرع: كالمسجد ونحوه؛ فإنه جعل لله تعالى خالصاً له.

وأجيب عنه من [١/٧٥٥] طرف أبي حنيفة: بأن المسجد جعل خالصاً لله تعالى،  
حتى لا يجوز الانتفاع به أصلاً، بخلاف غيره؛ فإنه لم ينقطع حق العبد عنه بالكلية،  
حتى يجوز الانتفاع به من وجه، فلم يصير خالصاً لله.

وفي «الإسعاف»: قولهما هو قول عامة العلماء.. وهو الصحيح.

بِمُجَرَّدِ الْقَوْلِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: لَا، مَا لَمْ يُسَلِّمَهُ إِلَى وَلِيِّ.

ثم ساق دليلهما وذكر الجواب عن دليل أبي حنيفة على ما ينبغي.

(بمجرد القول)؛ أي بقوله: «وقفته» (عند أبي يوسف)، وهو قول الشافعي أيضاً؛ لأنه إسقاط الملك بمنزلة الإعتاق.. فيصح بدون القضاء أو التعليق بالموت أو التسليم إلى المتولي، ومشايخنا أخذوا قوله.

(وعند محمد: لا) يزول بمجرد القول (ما لم يسلمه إلى ولي)؛ لأنه لا يزال من ملكه إلى ملك الله تعالى، والتمليك من الله تعالى، لا يتصور قصداً لاستغنائه تعالى، وهو مالك الأشياء كلها، فلا بد من التسليم إلى عبده خالصاً لله تعالى، فينزل منزلة الصدقة:

واعلم: أن جواز الوقف وصحته يتوقف على شروط:

منها: كون الواقف حراً عاقلاً بالغاً، حتى لا يصح وقف العبد والمجنون والصبي؛ كسائر التبرعات.

ومنها: كونه مالكاً وقت الوقف، حتى لو غصب أرضاً فوقفها، ثم اشتراها من مالكة ودفع ثمنها إليه أو صالح على مال دفعه إليه.. لا يكون وقفاً؛ لأنه إنما ملكها بعد أن وقفها.

هذا على تقدير أنه هو الواقف.

أما لو وقف ضيعة غيره على جهة، فبلغ ذلك الغير فأجازه.. جاز الوقف بشرط الحكم والتسليم، وعدمه على الخلاف السابق بينهم، وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي.

ولو اشترى أرضاً بيعاً جائزاً، ووقفها قبل القبض ونقد الثمن.. فالأمر موقوف؛ فإن أدى الثمن وقبضها.. فالوقف جائز؛ على ما نقله في «التاتارخانية» عن وقف هلال.

وفي «جامع الجوامع»: وبه نأخذ.

وفي «المحيط»: وإن مات المشتري ولم يترك مالا.. تباع الأرض لذئنه ويبطل الوقف.

قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ، وهذا؛ لأنه وجد الملك حين وقف بالشراء الصحيح، فصَحَّ وقفه. ولو اشترى داراً ووقفها، ثم استحققت وأجاز.. لم يجز إلا في رواية.

ولو ضمن قيمتها.. جاز تملكها.

وعن أبي حنيفة: يصح إذا جعلها بحال لا يستردها المستحق.

ومنها: القبض والإفراز؛ لما في «مشمئل الأحكام»: قال الشيخ محمد بن الفضل: الوقف على ثلاثة أوجه: إما أن يكون في الصحة، أو في المرض، أو بعد الموت.

فما كان [٧٥٥/ب] في الصحة: فالقبض والإفراز يكون شرطاً لصحته؛ كالهبة.

وما كان بعد الموت: فالقبض والإفراز ليس بشرط لصحته؛ لأنه وصية.

وما كان في حال المرض: فحكمه حكم الوقف في الصحة، وإن كان يعتبر من الثلث؛ كالهبة في المرض، تعتبر من الثلث، ويشترط فيها ما يشترط في الهبة من القبض والإفراز. انتهى.

ومنها: كونه غير محجور عليه لسفه أو دين، حتى لو حجر عليه ووقف أرضاً له أو داراً له.. لا يجوز؛ كذا أطلقه الخصاف.

وقال في «فتح القدير»: وينبغي أنه إذا وقفها في الحجر للسفه، على نفسه، ثم لجهة لا تنقطع.. أن يصح على قول أبي يوسف، وهو الصحيح عند المحققين.

وعند الكل: إذا حكم به حاكم.



وأما عدم تعلق حق الغير؛ كالرهن والإجارة.. فليس بشرط، حتى صح وقف المستأجر والمرهون، ولا يبطل عقد الإجارة والرهن، فإذا مضى مدة الإجارة وافتك الرهن: يعود إلى ما جعله وقفا له من الجهات.

ولو مات قبل الافتكاك ولم يترك وفاء.. بيع الرهن للذين ويبطل الوقف. ومنها: أن لا يكون مختيراً بخيار الشرط؛ فإنه لو وقف أرضه أو داره وشرط لنفسه الخيار.. لا يصح الوقف على قول محمد، واختاره هلال؛ سواء كان وقت الخيار معلوماً أو مجهولاً.

وقال أبو يوسف: إن بين للخيار وقتاً معلوماً؛ كثلاثة أيام مثلاً.. يجوز الوقف والشرط معاً؛ كما في البيع، وإن كان الوقت مجهولاً.. لا يجوز.

وقال أبو جعفر: ينبغي أن يجوز الوقف ويبطل الشرط.

وقال أبو يوسف بن خالد السمني: الوقف جائز، والشرط باطل على كل حال؛ معلوماً كان الوقت أو مجهولاً.

ومنها: كونه ذا ملة، حتى لا يصح وقف المرتد إن قتل أو مات على رده، وإن أسلم.. صح.

ويبطل وقف المسلم إن ارتد، ويصير ميراثاً؛ سواء قتل أو مات على رده أو عاد إلى الإسلام، إلا إن أعاد الوقف بعد عوده إلى الإسلام؛ كذا في «فتح القدير» و«البحر» نقلاً عن الخصاف.

وأما كونه مسلماً: فليس بشرط، حتى صح وقف الذمي، لكن شرط كونه قربة عندنا وعندهم.

كما لو وقف على أولاده، أو على الفقراء، أو على فقراء أهل الذمة.. فإنه جائز.

وعلى تقدير إطلاق الفقراء عن قيد أهل الذمة.. يجوز الصرف على كل فقير مسلم أو كافر، وهذا؛ لأن التصديق على فقراء أهل الذمة وفقراء المسلم: قرينة عندنا وعندهم.

بخلاف ما لو وقف على [٧٥٦/أ] بيعة وكنيسة.. فإنه لا يجوز، ويكون ميراثاً؛ لأنه ليس بقرينة عندنا.

وبخلاف ما لو وقف على الحج والعمرة.. فإنه ليس بقرينة عندهم، فلا يجوز. وأما لو وقف على مسجد بيت المقدس.. فإنه يصح؛ لكونه قرينة عندنا وعندهم.

وفي «الحاوي القدسي»: وقف المجوسي على بيت النار، واليهودي والنصراني على البيعة والكنيسة.. باطل إذا كان في عهد الإسلام، وما كان في عهد الجاهلية: مختلف فيه، والأصح: أنه إذا دخل في عهد الذمة.. لا يتعرض. انتهى.

وفي «الإسعاف»: يدخل تحت أهل الذمة: فقراء اليهود والنصارى والمجوس؛ لأن الكفر كلهم ملّة واحدة.

ومنها: أن لا يكون الوقف مؤقتاً، حتى لو وقف داره يوماً أو شهراً أو سنة.. لا يجوز؛ لعدم كونه مؤبداً، وكذا لو قال: «على فلان سنة».

ومنها: أن لا يكون مجهولاً؛ فلو وقف شيئاً من أرضه ولم يسمه.. لا يجوز؛ لأن الشيء يتناول القليل والكثير، ولو وقف جميع حصنه من هذه الدار أو الأرض ولم يسم.. يصح؛ على ما في «الإسعاف».

ومنها: أن لا يكون معلقاً بشرط، وقد ذكرنا ما فيه من الخلاف والتفصيل.

ولا يشترط لصحته وجود الموقوف عليه حين وقف، حتى لو وقف على أولاد زيد، ولا ولد له حين وقف.. صح، وتصرف الغلة إلى الفقراء إلى أن يوجد له ولد؛ كذا في «الأشباه».

فَلَوْ وَقَفَ عَلَى الْفُقَرَاءِ، .....

وكذا لو وقف غلة داره على إمام مسجد كذا، وليس لذلك المسجد إمام حين وقف.. صح، وتصرف الغلة إلى الفقراء إلى أن ينصب للمسجد إمام.

ولو كان للمسجد إمام حين وقف، ثم عين له إمام من طرف السلطان.. فهل يشارك الإمام الثاني للإمام الأول في تلك الغلة؟ هذا واقعة الفتوى.

أقول: الله أعلم: أنه لا يشاركه، إلا إذا شرط الواقف للإمام الأول.

ثم اعلم: أن للزومه شرطاً أيضاً، فاشترط أبو حنيفة للزومه وخروجه عن ملك الواقف: أحد الأمرين: حكم الحاكم، أو الإضافة إلى ما بعد الموت.

ولم يشترط أبو يوسف للزومه سوى لفظ الوقف؛ حيث قال: «يلزم بمجرد لفظ الوقف»؛ على ما مر، وسيظهر لك بيانه.

واشترط محمد أربعة أشياء: التسليم إلى المتولي، وكونه مفرزاً؛ لأن التسليم يتوقف عليه، وذكر التأيد؛ على ما سيأتي، وأن لا يشترط الواقف الانتفاع بالوقف.

ثم لما ذكر حقيقة الوقف [٧٥٦/ب] وطريق لزومه على الاختلاف بينهم.. شرع في بيان ما يتفرع عليه، فقال:

(فلو وقف على الفقراء)؛ احترز به عن الوقف على الأغنياء.. فإنه لا يجوز.

قال في «المختار»: ولا يجوز الوقف على الأغنياء وحدهم؛ لأنه ليس بقربة، ولا يستجلب الثواب، وصار كالصدقة عليهم.. حيث لا يجوز، ولو وقف على الأغنياء وهم يُخصَّون، ثم بعدهم على الفقراء.. جاز، ويكون كما شرط؛ لأنه قربة في الجملة؛ بأن انقرض الأغنياء. انتهى:

وفي «شرح المجمع»: أن الغني ليس بمصرف للوقف، حتى لو صرح الوقف على الأغنياء وحدهم.. لا يجوز، ولو وقف على طائفة من الأغنياء ثم بعدهم على الفقراء.. يجوز، فيعتبر شرطه فيكون صلة للأغنياء. كذا في «المحيط». انتهى.

ومراد به بالطائفة: هي المعينة، وبالصلة: هو التملك؛ يعني تصرف الغلة إلى تلك الطائفة من الأغنياء ما داموا أحياء، ثم بعد الممات تصرف على الفقراء؛ على مقتضى شرطه.

وإنما اشترط كون الأغنياء معينين؛ لأن الوقف عليهم لا يجوز إلا بطريق التملك، أو بكون الغلة في مقابلة الخدمة؛ على ما سيأتي.

وهذا هو المراد بما في «فتح القدير»: أن الوقف يصح لمن يحب من الأغنياء بلا قصد القرية، وهو وإن كان لا بد في آخره من القرية كشرط التأيد، وهو كالفقراء ومصالح المسجد، لكنه يكون وقفاً قبل انقراض الأغنياء بلا تصدق. انتهى.  
ولا يخفى عليك: أن مراده:

بمن يحب: هو المعين من الأغنياء؛ لأن المحبة لغير المعين لا تمكن.  
و«بلا قصد القرية»: هو التملك.

لكن مرادهم بنفي القرية من الوقف على الأغنياء: ليس نفي مطلق القرية، بل القرية المقصودة بالتصدق على الفقراء، وإلا: ففي تملك الغني قرية أيضاً؛ على ما صرح به في «البحر» نقلاً عن «الذخيرة».

ثم الوقف على الفقراء: لا يلزم فيه ذكر لفظ الفقراء؛ لأن الوقف المطلق عن ذكر لفظ الفقراء.. يخص بالفقراء أيضاً عند أبي يوسف، وعليه الفتوى؛ على ما صرحوا به في عامة الفتاوى.

وبيانه: أن الوقف إما مطلق عن ذكر الموقوف عليه، أو مقيد بذكره:

والأول: لا يخلو إما أن يذكر فيه لفظة مما يدل على القرية؛ كلفظة «الصدقة» ولفظة «الله تعالى»، أو لم يذكر، بل يقتصر على مجرد لفظ الوقف.

فإن لم يذكر فيه شيئاً منها؛ نحو أن يقول: «أرضي أو داري هذه موقوفة، أو وقف».. لا يجوز وقفه عند عامة مجيزي الوقف؛ لعدم ما يدل على [٧٥٧/أ] التأيد.

وقال أبو يوسف: يجوز؛ معللاً: بأنّ مطلق الوقف ينصرف إلى الفقراء عرفاً، والمعروف: كالمنصوص، والفقراء لا ينقطع.. فيتأبّد، وهو قول عثمان البتي أيضاً. وفي «الإسعاف»: وعليه الفتوى.

وقال الصدر الشهيد: ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف، ونحن نفتي بقوله أيضاً.

وعلى هذا الخلاف لو قال: «أرضي حبس موقوف»، ولو قال: «حبس محرّم، أو حرّمت أرضي».. قال الفقيه أبو جعفر: هذا مثل: «موقوفة» فقط عند أبي يوسف: يجوز، وعند العامة: لا يجوز.

ولو قال: «حبس أو محبوسة أو للسبيل» فقط؛ فإن كان فيه عرف كما في «موقوفة».. يجب أن يكون مثل موقوفة.

والآ.. سئل عنه؛ فإن قال: «أردت الوقف».. صار وقفاً؛ لأنه يحتمل لفظه، أو قال: «أردت صدقة».. فيكون نذراً؛ كما لو قال: «صدقة» وحدها.. فيتصدق بعينها أو بثلثها، وإن لم ينو شيئاً.. كان ميراثاً؛ ذكره في «النوازل».

وإن ذكر فيه شيئاً مما يدل على القرية، نحو: «أرضي صدقة موقوفة، أو موقوفة صدقة لوجه الله تعالى، أو لرضاء الله تعالى».. يجوز الوقف عندهم، سوى يوسف بن خالد السمطي؛ فإنه قال: لا يجوز ما لم يقل: «وآخرها للفقراء أبداً».

وفي «قاضي خان»: والصحيح: قول أصحابنا؛ لأن محل الصدقة الفقراء، فلا يحتاج إلى ذكر الفقراء، ولا انقطاع للفقراء، فلا يحتاج إلى ذكر الأبد أيضاً.

وكذا الخلاف في قوله: «حبس صدقة، أو صدقة حبس، أو صدقة محرمة»؛ لأن «المحرمة» بمنزلة قوله: «موقوفة» في لغة أهل المدينة.

ولو قال: «صدقة موقوفة أبداً».. يجوز بالاتفاق.

ولو قال: «صدقة موقوفة أبداً في حياته وبعد مماته».. يجوز عندهم، إلا أن عند أبي حنيفة: يكون نذراً بالتصدق بالغلة ما دام الواقف حياً، وكان عليه الوفاء بالنذر. ولو رجع.. جاز مع الكراهة.

ولو لم يرجع ومات.. جاز من الثلث؛ لأنه بمنزلة تعليق الوقف بموته، فيكون وصية عنده.

والثاني: أعني ما يذكر فيه الموقوف عليه: لا يخلو الموقوف عليه من أن يحصوا، أو لا يحصون:

فإن كانوا يحصون: فلما أن يقترن بما يدل على القرية، أو لا يقترن:

فإن لم يقترن؛ نحو: «أرضي هذه موقوفة على فلان، أو على أولاد فلان» وهم يحصون.. فلا يجوز الوقف عند أبي يوسف ومحمد وهلال؛ لعدم التأيد؛ سواء كانوا فقراء أو أغنياء، بل يكون تملكاً لهم.. فتصرف الغلة [٧٥٧/ب] إليهم في حياتهم، وبعد موتهم تنتقل إلى الواقف أو إلى وارثه.

وأبو يوسف: فَرَّقَ بين هذه المسألة وبين المسألة السابقة؛ أعني لو قال: «أرضي موقوفة»؛ فإنه حكم فيها بجواز الوقف، وفي هذه بعدم جوازه.

ووجه الفرق على ما صرح في «البزاية»: أنه لم يذكر الموقوف عليه فيما سبق فيصرف على الفقراء، ولا يمكن ذلك في هذه المسألة؛ لكون الموقوف عليه مذكوراً ومعيناً، فيكون تملكاً لا وقفاً.

وإن اقترن؛ نحو: «صدقة موقوفة على فلان، أو على أولاد فلان» وهم يحصون.. يكون وقفاً، فتصرف الغلة لأولاد فلان في حياتهم؛ سواء كانوا فقراء أو أغنياء بطريق التملك، وبعد موتهم تصرف على الفقراء؛ عملاً بنص الصدقة المنبئة عن الفقراء، وهم لا ينقطعون.. فيتأبد.

وذكر فلان وأولاده: لتخصيصهم بالغلة في حياته؛ على ما صرح به في «البزازية» وشرح «المجمع» وغيرهما، كما لو قال: «موقوفة على أولاد فلان، ثم إلى الفقراء» وأولاد فلان يحصون.. فإنه وقف بصرف الغلة إلى أولاد فلان في حياتهم، ثم إلى الفقراء بعد موتهم.

وإن كانوا لا يحصون: فإما أن يكونوا أغنياء أو فقراء.

فإن كانا أغنياء.. لا يجوز أصلاً: لا وقفاً لكونهم أغنياء، ولا تملكاً لكونهم غير معينين.

وإن ذكر معهم لفظ «الصدقة».. يكون وقفاً على الفقراء، وذكر الأغنياء لغو؛ عملاً بنص الصدقة.

وإن كانوا فقراء.. يجوز الوقف عليهم، ذكر معهم لفظ الصدقة أو لم يذكر.

وإن ذكر لفظ الغني مع الفقير؛ نحو: «موقوفة على الغني والفقير» أو «صدقة موقوفة على الغني والفقير».. يكون وقفاً على الفقير وحده، ويحرم على الغني؛ على ما صرح به في «وصايا الذمي من الدرر»، وهذا لأن الوقف والوصية لا يجوز للغني إلا بطريق كون الغلة في مقابلة الخدمة، والمفروض: أنه ليس كذلك، أو بطريق التملك؛ والتمليك غير ممكن ههنا؛ لكونه غير معين.

والأصل فيما ذكرنا: أنه متى ذكر لفظ «الوقف»؛ فإما أن يذكر معه الموقوف عليه أو لم يذكر.

فإن لم يذكر: فإما أن يذكر معه ما يدل على القرية أو لم يذكر.

فإن لم يذكر.. يكون وقفاً على الفقراء؛ عند أبي يوسف والبتي دون غيرهما.

وإن ذكر.. يكون وقفاً على الفقراء عند عامة مجيزي الوقف غير يوسف

السمني.

أَوْ بَنَى سِقَايَةً، أَوْ خَانًا، أَوْ رِبَاطًا لِبَنِي السَّبِيلِ، أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً.. لَا يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ إِلَّا بِالْحُكْمِ.

وإن ذكر معه الموقوف عليه؛ فإن كان معيناً؛ فإن اقترن ما يدل على القرية.. يكون وقفاً على الفقراء، تصرف الغلة إلى المعين في حياته [٧٥٨/أ]، ثم إلى الفقراء بعد موته.

وإن لم يقترن.. يكون تمليكاً لا وقفاً.

وإن لم يكن معيناً؛ فإن كان غنياً.. لا يصح أصلاً، إلا أن يدل بما يدل على القرية.

وإن كان فقيراً.. يكون وقفاً عليه؛ سواء اقترن ما يدل على القرية أو لا.

وإن ذكر الغني مع الفقير.. يكون وقفاً على الفقراء.

إذا عرفت هذا؛ فاعلم أيضاً: أن الوقف على ثلاثة أوجه: وجه يختص بالفقراء، ووجه يكون للغني ثم للفقراء، ووجه يكون للأغنياء والفقراء على السواء.

ولما أشار المصنف إلى الوجهين الأولين بقوله: «فلو وقف على الفقراء» وقد ظهر تفصيلهما وبيان مواضعهما مما ذكرناه.. أراد أن يذكر الوجه الثالث، فقال:

(أَوْ بَنَى سِقَايَةً)، وفي «المصباح»: السقاية بالكسر: الموضع الذي يتخذ لسقي الناس، وفيه كلام سيأتي ذكره.

(أَوْ خَانًا، أَوْ رِبَاطًا لِبَنِي السَّبِيلِ، أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً).

والمراد بالأرض ههنا: الأرض المملوكة؛ إذ لا يصح وقف الأراضي الأميرية والمغصوبة: إلا بالتملك من السلطان والمغصوب منه، حتى لو وقفهما، ثم اشتراهما أو صالح على مال ودفعه إليه.. لا يكون وقفاً؛ لأن من شرط صحة الوقف: أن يكون الموقوف مملوكاً له حين وقف؛ على ما ذكرناه، وبيان الأراضي الأميرية تقدم في باب العشر.

(لا يزول ملكه [عنه] إلا بالحكم) عند أبي حنيفة، والإضافة إلى ما بعد الموت



كالحكم عنده؛ على ما صرّح به في «البحر»، ثم هذا في حكم القاضي.

وأما حكم المحكم: فالصحيح أنه لا يلزم، ولا يزول ملكه؛ على ما تقدّم.

وفي قوله: «لا يزول ملكه» إشارة إلى ما صرّح به في «الهداية» و«الإسعاف» وغيرهما: من أن الصحيح: أن لا خلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه في صحة أصل الوقف، وإنما الخلاف في اللزوم وعدمه، وقد ذكرناه من قبل:

فما ذكره في «الخلاصة»: من أنه كما لا يصح الوقف عند أبي حنيفة: لا يصح جعل أرضه مقبرة وجعل داره خاناً أو سقاية، وكذا إذا بنى بيتاً بمكة للحاج أو السقاية أو الحياض أو الآبار والقناطير.. لا يصح عنده إلا جعله مسجداً، الكل في «السير الكبير».

وذكر في الوقف: إني وجدت في «النوادر»: وعن أبي حنيفة: أنه أجاز وقف المقبرة والطريق والمقنطرة. انتهى.

ينبغي أن يحمل على سلب اللزوم؛ أي لا يلزم عنده.

واعلم أن هذه الأشياء. [٧٥٨/ب]: يصح وقفها بالاتفاق، ويستوي الأغنياء والفقراء في الانتفاع بأعيانها.

قال في «الهداية»: ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين، أو جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين، أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين، أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه.. فهو جائز، ولا رجوع فيها لما بينا، إلا أن في الغلة تحل للفقراء دون الأغنياء، وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك.. يستوي فيه الفقير والغني.

والفارق: هو العرف بين الفصلين؛ فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة: الفقراء، وفي غيرها: التسوية بينهم وبين الأغنياء، ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول، والغني لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه. انتهى.

وذكر في «الزيلعي» أيضاً: بأنه لا فرق في الانتفاع في مثل هذه الأشياء بين الغني والفقير، حتى جاز للكل النزول في الخان والرباط والشرب من السقاية والدفن في المقبرة، بخلاف الغلة؛ حيث لا يجوز إلا للفقراء؛ لأن الغني مستغن بماله عن الصدقة، ولا يستغني عما ذكرنا عادة، وهي الفارقة؛ لأنه لا يمكنه أن يستصحب هذه الأشياء عادة، فكان محتاجاً إليه كالفقير، ولا حاجة له إلى الغلة لاستغنائه عنها بماله.

ولو وقف أرضاً ليصرف غلتها إلى الحاج أو الغزاة أو طلبة العلم.. لا تصرف إلى الغني منهم. انتهى.

وقال في «فتح القدير» بعدما ذكر العرف الفارق بين الفصلين: ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول؛ لأن الغني لا يقدر على استصحاب ما يشربه [في كل مكان].

لا يحل له تناول من الوقف، فقد جزموا: أن كل وقف ينتفع بعينه.. يستوي فيه الفقير والغني؛ كالانتفاع بأعيان الأشياء المذكورة، وكل وقف ينتفع بغلته لا بعينه.. يخص به الفقراء؛ كجعل غلة أرضه أو داره للغزاة أو للحاج أو لطلبة العلم أو لأبناء السبيل؛ للعرف، ولاستوائهما في الاحتياج إلى ملك الأشياء، ولاستغناء الغني بماله عن الصدقة، وهذا ليس على إطلاقه، بل لا بد أن يقيد بما إذا لم تكن الغلة في مقابلة الخدمة، وبما إذا لم يكن الغني معيناً في الوقف عليه [١/٧٥٩]؛ فإن للغني يجوز أن يتناول غلة الوقف في هذين الموضعين؛ لما في «القنية»: لا يحل للإمام غلة أوقاف الإمامة إذا كان غنياً شرعاً، إلا إذا كان الوقف عليه بعينه، هكذا ذكره بعلامة الكرابيسي.

ثم قال: لكنني أستحسن في الغني الذي لا يتجر وفرغ نفسه للإمامة: أن يحلّ له؛ كالمفتي والقاضي وما يشبهه من المتعلمين.

ثم قال نقلاً عن الكرايسي أيضاً: الأوقاف على الفقهاء تجوز للأغنياء إذا فرّغوا أنفسهم للتفقه؛ فإنه كالفقير، وإن لم يفرّغ نفسه؛ فإن كان معيناً.. جاز، وإلا.. فلا.

ثم ذكر في باب آخر نقلاً عن وقف هلال: أن الوقف على ثلاثة أوجه: وجه يختص به الفقراء، ووجه يكون للأغنياء ثم للفقراء، ووجه يستوي فيه الفقراء والأغنياء؛ كالرباطات والخانات والمقابر والمساجد والسقايات والقناطير؛ لأن الغني يحتاج إلى هذه الأشياء كالفقير.

ولا يجوز صرف الأدوية الموقوفة في البيمارخانه إلى الأغنياء، بخلاف ماء السقاية؛ لأن الحاجة في ماء السقاية أغلب، بخلاف الأدوية، ولأن الأدوية: منفعة، والرباطات ونحوها: عين مال الوقف.. فيستوي فيه الغني والفقير، بخلاف المنفعة؛ فإنها مختصة بالفقراء. الكل في «القنية».

والذي ظهر منه: أن الغني يجوز له الانتفاع من عين الوقف؛ كما في الأشياء المذكورة وغيرها مما ينتفع بأعيانها، ومن غلته أيضاً إن كان معيناً في الوقف أو كانت الغلة في مقابلة الخدمة، وإلا.. فلا يحل له الانتفاع من غلة الوقف.

وإنما جاز فيما إذا كان معيناً في الوقف: لكونه تملكاً له حيثئذ، وفيما إذا كانت الغلة في مقابلة الخدمة: يكون أجره، وأما إذا لم يكن معيناً في الوقف ولم تكن الغلة في مقابلة الخدمة.. فلا يحل له الانتفاع من الغلة؛ لعدم المجوز.

وذكر في «قاضي خان» و«الاسعاف»: أن الغني والفقير يستويان في الانتفاع بثمر الشجرة الواقعة في المفازة إذا جعلت وقفاً على المارة، وبالماء الموضوع في الفلوات؛ كماء السقاية والجنابة وثيابها، وهذا لأن الانتفاع بتلك الثمرة من قبيل الانتفاع بعين الوقف وإن أطلق عليها الغلة؛ لأن ثمرة الشجرة ليست كأجرة الدار

وربح المال؛ لأنها تخرج من عين الشجرة فتلحق بها، ولهذا كان الغاصب [٧٥٩/ب] بالإتلاف - مع أن أجرة الدار - لا يضمن في غير موضع ثلاث، وكذا لا يضمن ربح المال.

وكان الحالف في: «لا يأكل من هذه الشجرة».. حائثاً بالأكل من ثمارها؛ لأن تلك الشجرة في موضع يحتاج الغني فيه كالفقير.. فصار كالخان والرباط، وكذا الانتفاع بالماء الموضوع في الفلوات؛ لأن ذلك الماء ليس بغلة الوقف، ولا بمشترى بالغلة، بل الغلة إنما تصرف لمصارف الوقف من المتولي وغيره؛ كماء السقاية التي تسمى بجشمه، ولأن الفقير كالغني في الاحتياج إلى هذين المائتين؛ أما في الفلوات: فلأن الفلاة هي الصحراء الخالية عن الماء؛ على ما في «المصباح»، ولو منع الغني من هذا الماء.. لزم الحرج والضرر، وكذا ماء السقاية، فلا يستغني الغني عن هذين المائتين بغناه.

بخلاف الماء الممزوج بالثلج المشتري بغلة الوقف الموضوع في المساجد والجوامع والأسواق في أيام الصيف؛ فإن الانتفاع بهذا الماء ليس انتفاعاً بعين الوقف؛ لأن الثلج يشتري بغلة الوقف، فيكون الانتفاع بها انتفاعاً بغلة الوقف، ولأن الغني لا يحتاج إليه، بل يستغني عنه بغناه؛ لأنه في موضع يكثر فيه الثلج والماء.. فلا يحل للغني الشرب من هذا الماء؛ لما ذكرناه: من أن الغني لا يحل له التناول بغلة الوقف إلا بطريق التملك له، أو بكون الغلة في مقابلة الخدمة، أو في مواضع ضرورة الحاجة، ومعلوم: أن تلك الغلة ليست في مقابلة الخدمة، ولا يمكن التملك ههنا أيضاً؛ لأنه غير معين، والتمليك لغير المعين.. غير ممكن.

نعم، لو قال الواقف حين الوقف: «داري هذه موقوفة بشراء الثلج في جامع كذا، على أن للمتولي أن يعطي من شاء».. جاز الشرب من ذلك الماء للغني الذي ملكه المتولي، وإلا.. فلا؛ لأن المتولي وكيل الواقف، فكما أن للواقف تملك من

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: يَزُولُ بِمَجَرَّدِ الْقَوْلِ.

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: إِذَا سَلَّمَهُ إِلَى مَتَوَلٍّ، وَاسْتَقَى النَّاسَ مِنَ السَّقَايَةِ، .....

شاء.. فكذا لو كيله، وقد خفي هذا على كثير من الناس، فأفردت فيه رسالة فليطلب تفصيله منها.

وإن اشبه هذا بعدما ذكر.. فليُنظر في وصايا الذمي في آخر الدرر والغرر؛ فإنه صرح فيه بأن الوصية المطلقة، وكذا الوقف المطلق.. مختص بالفقير، ولا تحل للغني وإن عمت؛ بأن يقول الموصي والواقف: «يأكل منها الفقير والغني»؛ لأن أكل الغني من الوصية لا يصح إلا بطريق التملك، والتمليك لا يصح إلا [٧٦٠/٢] للمعين، والغني لا يعين.

(وعند أبي يوسف: يزول بمجرد القول، وعند محمد: إذا سلمه إلى متول) أو إلى الموقوف عليه؛ على ما في «قاضي خان».

(واستقى الناس من السقاية).

واعلم: أنه قد وقع النزاع بيننا وبين بعض الناس ممن تصدى برئاسة العلم، في أن المراد بالسقاية المذكورة في كلامهم هذا ما هو؟ فقال ذلك المصدي: مرادهم بالسقاية ههنا: هو الموضع المعد للماء المبرد بالثلج في أيام الصيف، المسمى بسبيل خانة، والإناء الكبير الموضوع عند مسجد من المساجد للماء المبرد بالثلج، وأما الموضع المسمى بجشمه.. فليس بسقاية في العرف، واستدل عليه: بأن السقاية وإن كانت أعم في اللغة.. لكنها في العرف مختصة بموضع يصب فيه الماء بالجرة للشرب أو التوضؤ، لا يجوز لغيرهما، ويكون له قِصَاع وكِيزان، وهذا المعنى إنما يصدق على الموضع المسمى بسبيل خانة والإناء المذكور، لا الموضع المسمى بجشمه؛ إذ ليس له قِصَاع وكِيزان، ولا يختص بالشرب والتوضؤ، بل يجوز استعمال مائه لغير الشرب والتوضؤ.

واستدل عليه بما ذكره في «المحيط» نقلاً عن شمس الأئمة الحلواني: أما السقاية التي تكون في بلادنا إذا جعلها للشرب فأراد إنسان أن يتوضأ بها.. اختلف المشايخ فيه، وأجمعوا على أنه إذا وقف للوضوء.. لا يجوز الشرب منه. انتهى.

وبما ذكره في «القنية»: صغير كان يأخذ من السقايات ماءً لإصلاح المرواة أو قصعة للشرب، ثم بلغ وندم.. لا يكفيه الندم، بل يرد الضمان إلى القيم، ولا يجزيه صب مثله في السقاية. انتهى.

فقال: فدل مسألة «المحيط»: على أن السقاية تجعل للشرب تارة وللوضوء أخرى، وإذا جعلت للشرب.. لا يجوز التوضؤ منه على الخلاف المذكور، وإذا جعلت للتوضؤ.. لا يجوز الشرب منه إجماعاً.

فظهر: أن العين المسماة بجشمه ليست سقاية في العرف؛ إذ لم يقل أحد بعدم جواز التوضؤ، ولا أشرب منها على حال من الأحوال.

وقال: ودل مسألة «القنية»: على أن أخذ مائها لغير الشرب يوجب الضمان، وأخذ ماء تلك العين المسماة بجشمه لغير الشرب.. لا يوجب الضمان، بل هو مباح مطلقاً، ولا بصبه فيها الماء أيضاً، فلم يصدق عليها السقاية. هذا ما ذكره مختصراً.

أقول: إن معنى السقاية في اللغة: هو الموضع المتخذ لسقي الناس، [٧٦٠/ب] على ما ذكره في «المصباح»، وهكذا ذكره في «شرح المجمع»، وهو الظاهر من كلام «الهداية» و«الزليعي»؛ إذ لم يقيدوا بما يخصها بما ذكره ذلك المخصص.

وقال في «ذخيرة العقبى»: السقاية: موضع أعدّ في الطرقات فيملاً بالماء لينتفع به الناس، فما ذكره في «ذخيرة العقبى» أخص ممّا ذكره في «المصباح» وشرح «المجمع»، فظهر منه: أن الفقهاء كما يطلقون لفظ السقاية على الموضع المسمى بسبيل خانه والإناء المذكور.. كذلك يطلقون على الموضع المسمى بجشمه، فذلك القائل؛ إن أراد عرف الفقهاء وهو الظاهر من استدلاله بكلام الفقهاء من صاحب

«المحيط» و«القنية».. فباطلُ الظهور صدقُ ما ذكرناه من تعريفهم على الموضع المسمّى بجشمه، ولا دلالة فيما ذكره من «المحيط» و«القنية» أصلاً على ما ادعاه من التخصيص، بل غاية ما يدل كلاهما: أن السقاية التي جعلت للشرب أو للوضوء لا يجوز استعمال مائها لغيره، ولو استعمل.. لكان ضامناً، وهذا بناء على أنّ الوقف على جهة يصرف إلى تلك الجهة لا إلى غيرها، ولا يلزم منه اختصاصها بما ذكر على ما زعمه ذلك القائل، بل السقاية في عرفهم على أنواع: منها: ما يجعل للشرب فقط.

ومنها: ما يجعل للوضوء فقط، وحكم هذين النوعين: ما ذكره في «المحيط» و«القنية».

ومنها: ما يكون أعم من الشرب والوضوء، وهو المسمّى بجشمه، ويجوز استعمال مائه للشرب والوضوء وغيرهما، ويكفي في لزوم وقفية هذا النوع منها ولو مرة، ولا يلزم التسليم على المتولي، بخلاف ما يحتاج فيه إلى صب الماء؛ فإنه يحتاج فيه إلى التسليم إلى ما يصب ماءه، ولا يكفي شرب واحد من الناس على ما صرح به في «الإسعاف»؛ حيث قال: إن شرب واحد من الناس.. يكفي في السقاية التي لا يحتاج فيه إلى صب الماء، وأما السقاية التي يحتاج فيه إلى صب الماء.. فلا يكفي فيها شرب الناس منه، بل لا بد من التسليم إلى ما يصب الماء فيه، فبعد تصريحهم هذا: كيف يدّعي ذلك القائل اختصاص السقاية بما ذكره عند الفقهاء، حاشاهم عنه.

وإن أراد الصرف التمام.. فلم نسمع من أحد ممن يُعرّف معنى لفظ السقاية: أنه يخصّصها بما ذكره ذلك القائل، ويخرج المسماة بجشمه، وما ذكره من كلام «المحيط» و«القنية» مع عدم دلالاته [١/٧٦١] على ما ادعاه من التخصيص كما ترى.. لا يصح الاستدلال به على إثبات العرف العام؛ لأنه من كلام الفقهاء.

وَسَكَنُوا الْخَانَ وَالرِّبَاطَ، وَدَفَنُوا فِي الْمَقْبَرَةِ.

ثم أقول: إن العين المسمّاة بجشمه لا شك أنّها مما يستوي فيه الفقير والغني؛ فإذا خرجت عن السقاية.. ففي أيّ نوع تندرج من أنواع ما يستوي فيه الفقير والغني؟ فهذه الدّعوى ليست إلّا مكابرة، نعوذ بالله تعالى من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا.

ولذلك القائل كلام أعجب منه في رسالته، وأفردت في رده رسالة، ومن أراد الإطلاع.. فلينظر في رسالتنا، والحاصل: أنّ المراد بالسقاية ههنا: هي التي يستوي فيها الفقير والغني في الاحتياج إليها؛ كالسقاية المسمّاة بجشمه في ديارنا، وأما السقاية التي يستغنى عنها الغنى بغناه كالسقاية المسمّاة بسبيل خانة في المساجد والجوامع.. فليست بمرادة ههنا؛ لاختصاصها بالفقير.

(وسكنوا في الخان والرباط، ودفنوا في المقبرة).

والذي ظهر من عطف قوله: «واستقى الناس» على «سلمه» أن اللزوم في وقفية الأشياء المذكورة إنما يثبت بالتسليم إلى المتولي، وبلاستعمال عند محمد، ولا يكفي فيها التسليم إلى المتولي فقط كما يكفي في الوقف على الفقراء، ولا الاستعمال بالإذن فقط.

وقد اختلف ههنا عباراتهم، ففي «الخلاصة» و«البزازية»: ولو جعل أرضه مقبرة.. لا يصح ما لم يسلم، والتسليم: أن يأذن الناس بأن يقبروا فيها الميت، وكذا الرباط والحوض والسقاية.. لا يصح ما لم يسلم، والتسليم: أن يأذن الناس بالنزول فيه والاستقاء منه فنزلوا واستقوا منه ودفنوا مرة.. كفى. انتهى.

والذي ظهر منه: أن استعمال الناس مرة واحدة بالإذن يكفي في اللزوم، ولا حاجة إلى التسليم إلى المتولي، وهكذا في «الإسعاف»، إلا أنه قال: تسليم كل شيء بما يليق به، ففي المقبرة: يحصل بدفن واحد فصاعداً بإذنه، وفي السقاية: بشرب، وفي الخان: بنزول واحد من المارة بإذنه.



هذا في المقبرة والسقاية والخان الذي ينزل المارة كل يوم، وأما السقاية التي يحتاج إلى صب الماء فيها والخان الذي ينزله الحاج بمكة والغزاة بالثغر.. فلا بد فيها من التسليم إلى متول خاص؛ لأن نزولهم يكون في السنة مرة، فيحتاج إلى من يقوم بمصالحه، وإلى من يصب الماء [٧٦١/ب] فيها. انتهى.

ففيه فرق بين ما يحتاج فيه إلى التسليم إلى المتولي، وبين ما لا يحتاج إليه كما ترى.

قال في «الفتاوى القدريّة» نقلاً عن «المحيط البرهاني»: قال محمد: إذا جعل أرضه مقبرة للمسلمين.. جاز، وليس له أن يرجع فيها بعد تمامها، وتامها: أن يقبر فيها إنسان واحد بإذنه أو أكثر من ذلك، وهل يتم بالتسليم إلى المتولي؟ لا رواية فيه عن أصحابنا، وقد اختلف المشايخ فيه.

وكذلك إذا جعلها خاناً للمارة من المسلمين وخلقى بينهم وبينها؛ فإذا نزلها بإذنه واحد أو أكثر... فلا سبيل له بعد ذلك عليها، وإن مات.. لم يكن شيء من ذلك ميراثاً.

وإذا سلمها إلى المتولي.. يتم بالقبض ذكره محمد في «الأصل»؛ فعلى قول من قال في مسألة المقبرة: «لا يتم بالتسليم إلى المتولي».. يحتاج إلى الفرق بين المقبرة والخان.

والفرق: أن المقبرة لا يكون لها متول في العادة، فلا يعتبر قبضه، بخلاف المال، وكذلك السقاية يجعلها في أرضه فيسقون ويشربون ويتوضؤون، فشرب منها إنسان أو سلمها إلى المتولي.. فليس له أن يرجع بعد ذلك عنه، وكذلك الحوض والبئر يجعله في أرضه. انتهى.

والذي ظهر منه: أن التسليم إلى المتولي يكفي في لزوم وقفية هذه الأشياء بدون استعمال الناس، وهكذا ذكره صاحب «المجمع» في شرحه؛ حيث قال: ولو

وَشُرْطَ لِتَمَامِهِ ذِكْرُ مَصْرِفٍ مُؤَبَّدٍ وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: يَصَحُّ بَدُونَهُ.

سلم هذه الأشياء إلى المتولي.. جاز ولزم؛ لأن فعله ينوب مناب الموقوف عليه، فالمصنف جمع بين الأمرين.

ويحتمل أن يكون مراده بقوله: «إذا سلمه إلى متول»: بالنسبة إلى الوقف على الفقراء.

وبما بعده من قوله: «واستقى الناس»: بالنسبة على الأشياء المذكورة.. فحيثيذ ينطبق كلامه على ما ظهر من «الخلاصة» و«البرازية».

(وشرط لتمامه ذكر مصرف مؤبد)، هذا عند محمد، وأبو حنيفة معه، وذلك لأن الوقف تصدق بالمنفعة، وذلك قد يكون مؤقتاً، وقد يكون مؤبداً، فمطلقه: لا يدل على التأبید، فلا بد من التنصيص عليه؛ مثل أن يقول: «وقفت على كذا، ثم على الفقراء»، وأشار بلفظ الذكر إلى ما في «الإسعاف» وغيره من أن الخلاف بين محمد وأبي يوسف في اشتراط التأبید وعدمه: إنما هو في التنصيص عليه، أو على ما يقوم مقامه؛ كالفقراء ولفظ الصدقة.

وأما التأبید معنى: فشرط اتفاقاً على الصحيح.

(وعند أبي يوسف: يصح بدونه) [١/٧٦٢] أي: بدون ذكر مصرف مؤبد؛ لأن لفظ الوقف ينبئ عنه؛ لأنه إزالة الملك بدون التملك؛ كالعق عند، فلا حاجة إلى ذكر لفظه والتنصيص عليه، فلو قال: «داري هذه موقوفة».. يكون وقفاً على الفقراء عند أبي يوسف، وهو قول عثمان البتي، وعليه الفتوى على ما تقدم، ولا يكون وقفاً عند محمد وهلال، ومعه أبو حنيفة، والوجه: ما ذكرناه، قال في «شرح المجمع»: إن هذا الخلاف فيما إذا وقف مطلقاً أو على شخص بعينه ولم يذكر معه اسم الله تعالى أو لفظ الصدقة، حتى لو قال: هذه موقوفة لله تعالى، أو قال: هذه صدقة موقوفة على فلان.. جاز الوقف اتفاقاً؛ لأن المراد من ذكر الله تعالى: أن يكون للفقراء عادة، وكذا عرف من ذكر الصدقة: أنه أراد به الوقف على الفقراء دلالة؛ لأن الصدقة إنما تكون

## وَإِذَا انْقَطَعَ.. صُرِفَ إِلَى الْفُقَرَاءِ.

للفقراء، فذكر فلان ليدلّ على أنه يختص بالغلة ما دام حياً، فمتى مات. تصرف على الفقراء. انتهى.

والذي ظهر منه: أن محلّ الخلاف بين أبي يوسف ومحمد صورتان: أحدهما: أنه لو قال: «هذه موقوفة» ولم يزد عليه.. يكون وقفاً عليه عند أبي يوسف، لا عند محمد.

والثانية: أنه لو قال: «هذه موقوفة على فلان» ولم يزد عليه.. يكون وقفاً عند أبي يوسف، لا عند محمد.

وقد صرح في «قاضي خان» وغيره من الفتاوى: أن في الصورة الثانية لا يكون وقفاً باتفاق أبي يوسف ومحمد وهلال، وفرّق أبو يوسف بين الصورتين وقال: إن في الأول لم يذكر الموقوف عليه، فيكون وقفاً على الفقراء؛ عملاً بإطلاق لفظ الوقف، وفي الثاني: ذكر معيناً، فلا يكون وقفاً، بل تملكاً له في حياته، وبعد موته.. ينتقل إلى ملك الواقف، وقد ذكرناه.

(وإذا انقطع) الموقوف عليه (.. صرف إلى الفقراء)، وإن لم يذكر في اللفظ تحقيقاً للتأيد؛ لأن لفظ الوقف يدل عليه؛ لأن مصرفه هو الفقراء، وجهة الفقراء لا تنقطع، فلا حاجة إلى الذكر.

لا يخفى عليك: أن الخلاف بينهما في صورة واحدة؛ أعني: أنه لو قال: هذه موقوفة على ما ذكرناه آنفاً، والوقف في هذه الصورة يكون للفقراء ابتداء لا بعد انقطاع الموقوف عليه، فالأولى: أن يحذف «إذا انقطع» ويقول: «ويصرف إلى الفقراء».

وإنما يستقيم [٧٦٢/ب] هذا فيما لو قال: «هذه موقوفة على فلان، ثم إلى الفقراء»، أو قال: «صدقة موقوفة على فلان»؛ لأنه إنما يصرف إلى الفقراء في هاتين

وَصَحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَقْفُ الْمَشَاعِ، وَجَعَلَ غَلَّةَ الْوَقْفِ أَوْ الْوَلَايَةَ  
لنَفْسِهِ، وَجَعَلَ الْبَغْضِ أَوْ الْكُلِّ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ أَوْ مَدَبَّرِيهِ مَا دَامُوا أَحْيَاءَ،  
وَبَعْدَهُمْ لِلْفُقَرَاءِ.

وَشَرِطَ أَنْ يَسْتَبْدِلَ بِهِ غَيْرَهُ إِذَا شَاءَ، خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ فِي الْكُلِّ.

الصورتين بعد انقطاع المعين بالموت، لكنه لا خلاف بينهما في هاتين الصورتين في  
صحة الوقف على ما ذكرناه.

(وصحَّ عند أبي يوسف وقف المشاع)، وعليه الفتوى. كما في «المضمرات».

وفي «البرزازية»: والفتوى على قول محمد في وقف المشاع.

(وجعل غلة الوقف أو الولاية لنفسه، وجعل البعض أو الكل) من الغلة  
(لأمهات أولاده أو مدبريه ما داموا أحياء، وبعدهم للفقراء، وشَرِطَ: أن يستبدل به  
غيره إذا شاء، خِلَافًا لمحمد في الكل).

أما المشاع: فالخلاف فيه مبني على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف إلى  
المتولي وقبضه، وعدم اشتراطه، فلما شرطه محمد.. قال بعدم صحة وقف المشاع؛  
لأن القسمة من تمام القبض، ولا بد من القبض عنده، فكذا ما هو من تمامه.

ولما لم يشترطه أبو يوسف.. قال بصحته؛ لأنه لما لم يشترط القبض عنده..  
فكذا ما هو من تمامه.

فمن أخذ بقول أبي يوسف.. في خروجه بمجرد اللفظ، وهم مشايخ بلخ.. أخذ  
بقوله ههنا؛ أي: وقف المشاع أيضاً.

ومن أخذ بقول محمد في تلك، وهم مشايخ بخارى.. أخذ بقوله ههنا أيضاً.

وأحقه محمد بالهبة والصدقة المنجزة؛ أي: المسلمة إلى الفقير؛ فإنها لا تصح  
مشاعاً بدون القسمة، فكذا الوقف؛ لأنه الصدقة المستمرة.

وفرق أبو يوسف: بأن اشترط القبض في الهبة والصدقة المنجزة؛ لما فيهما من التملك للغير، وأما الوقف.. فليس فيه تملك من الغير حتى يشترط قبضه، وإنما هو إسقاط الملك كالتق، فلا موجب فيه لاشتراط القبض.

وهذا الخلاف فيما يحتمل القسمة، وأما ما لا يحتملها كالحمام والرحى والبيت الصغير.. فيجوز وقفه بالاتفاق شيوعاً بلا قسمة؛ لأنه لو قسم قبل الوقف.. فإنتفاع، فاكتم في فيه بتحقيق التسليم في الجملة، إلا في المسجد والمقبرة.. فإنهم اتفقوا على عدم جواز وقف المشاع مسجداً أو مقبرة؛ سواء كان يحتمل القسمة أو لا يحتملها؛ لأن الشيوع مطلقاً يمنع خلوص الحق لله تعالى، ولأن جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة يحتاج فيه إلى التهايط، والتهايط فيه يؤدي إلى أمر مستقبح، وهو: أن يكون المكان مسجداً سنة، وإصطبلًا للدواب [١/٧٦٣] سنة، ومقبرة سنة، ومزرعة سنة.

ثم محل الخلاف - أعني: ما يحتمل القسمة - لو رفع الأمر فيه إلى القاضي ففضى بجوازه.. يجوز عند الكل؛ لأن قضاء القاضي في المجتهد فيه يرفع الخلاف. ثم إن طلب بعضهم القسمة من القاضي بعد الحكم بصحته.. فقال أبو حنيفة: لا يقسم القاضي، بل يأمرهم بالمهاياة.

وقال أصحابه: يقسم؛ فلو وقعت بعد القسمة قطعة من الأرض في نصيب الواقف.. يتعين تلك القطعة للوقف، ولا يحتاج إلى إعادة الوقف فيها. ولو دفعها بعد القسمة أيضاً.. لكان أحوط.

هذا إذا كانت الأرض مشتركة بينه وبين غيره، وإن كانت الأرض كلها له ووقف نصفها.. ينبغي أن يبيع النصف بعد ذلك، ثم يقسمان؛ فإن لم يبيع، ولكن رفع الأمر إلى القاضي فأمر القاضي رجلاً بالقسمة معه.. جاز ذلك.

ولو أن قرية بعضها وقف على قول من يرى وقف المشاع، وبعضها أرض مملكة، وبعضها ملك، فأرادوا قسمة بعضها ليتعين الملك فيجعلوها مقبرة؛ قالوا: إن أرادوا قسمة موضع من هذه القرية.. لا يجوز؛ لأن المقصود من القسمة تمييز الوقف من غيره، وبهذه القسمة لا يتعين الملك من الوقف؛ فإن أرادوا قسمة كل القرية على مقدار نصيب كل فريق.. جازت القسمة؛ لأن هذه القسمة تفيد التمييز بين الوقف وغيره.

حانوت بين شريكين، وقف أحدهما نصيبه، وأراد الواقف أن يضرب لوح الوقف على بابه، فمنعه الشريك.. ليس له أن يضرب اللوح؛ لأن ذلك تصرف في محل مشترك؛ فأن رفع الأمر إلى القاضي فأذن القاضي بذلك.. جاز؛ صيانة للوقف عن البطلان.

هذا كله إذا كان بعض الأرض ملكاً والبعض الآخر وقفاً؛ فإن كان الكل وقفاً على الأرباب فأرادوا القسمة.. لا يقسم بينهم؛ لأن حقهم في المنفعة لا في العين، وكذا لا يتنها، حتى لو كان رجل وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو سكنى ولده ونسله ماتناسلوا؛ فإذا انقضوا كانت غلتها للفقراء.. جاز الوقف على شرطه، وليس لأحد من الموقوف عليه السكنى أن يكرهها، ولو زادت على قدر حاجة سكنائه.

نعم، له الإعارة لا غير، ولو كثر أولاد هذا الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت الدار عليهم.. ليس لهم إلا سكنائه فقط على عددهم، ولو كانوا ذكوراً [٧٦٣/ب] وإنثاء؛ إن كان فيها حجر ومقاصير.. كان للذكور إن يسكنوا نسائهم معهم، والإنثاء أن يسكن أزواجهنّ معهن.

وإن لم يكن فيها حجر.. لا يقسم بينهم، ولا يقع فيها مهاياة، وإنما سكنائه لمن جعل الواقف له ذلك لا لغيرهم.

هذا في قسمة الوقف الواحد على أربابه، وأما قسمة وقف عن وقف آخر.. فهل

تجوز؟

ففي «فتاوى ابن نجيم»: أن قسمة وقف من وقف آخر إذا كان فيها مصلحة.. يجوز، لكن إن كان لكل وقف ناظر.. فيقاسمان فيأخذ كل ناظر وقفه، وإن كان تحت ناظر واحد.. يرفع الأمر إلى الحاكم ليقسم قسماً فيقاسمه.

وقال في «القنية» بعلامة أبي حامد: ضيعة موقوفة على الموالي.. فلهم قسمتها قسمة حفظ وعمارة، لا قسمة تملك.

وفيها أيضاً، بعلامة ظهير الدين المرغيتاني: أرض وقف بينهما، قسماها وأجر أحدهما حصته.. فالأجر بينهما.

وقيل: للمؤجر.

وفي «المحيط»: إذا اقتسم الموقوف عليهم الأرض الموقوفة عليهم.. فلا أحدهم إبطالها.

ثم المانع على قول محمد عن جواز الوقف: هو الشيوع وقت قبض المتولي لا وقت العقد، حتى لو كانت الأرض بين رجلين فتصدقاً بها صدقة على الفقراء أو على وجوه البر غير الفقراء، ودفعها إلى متولٍ.. كان جائزاً بالاتفاق؛ إذ لم يوجد فيه شيوع أصلاً لا وقت العقد - لأنهما وقفاً معاً - ولا وقت القبض؛ لأنهما سلماً معاملة.

ولو تصدق كل واحد منهما بنصف هذه الأرض مشاعاً صدقة موقوفة وجعل كل واحد منهما لوقفه متولياً على حدة.. لا يجوز عنده؛ لوجود الشيوع وقت العقد؛ لأن كل واحد منهما باشر العقد على حدة، وتمكن الشيوع وقت القبض أيضاً؛ لأن كل واحد من المتولين قبض نصفاً شائعاً.

وإن قال كل واحد منها لمتوليه في نصيبه: اقبض نصيبي مع نصيب صاحبي.. يجوز.

ولو تصدق أحدهما نصيبه من الأرض صدقة موقوفة على الفقراء، ثم تصدق الآخر نصيبه صدقة موقوفة على الفقراء، وجعلاً لذلك متولياً واحداً.. جاز؛ لأنه وإن

كان وجد الشيوع وقت العقد، ولكن لم يوجد وقت القبض؛ لأن المتولي قبض الأرض جملة، وهما سلما إليه جملة.

ولو وقف داره واستحق جزء شائع منها.. بطل الوقف عند محمد؛ لأن بالاستحقاق ظهر أن الشيوع كان مقارناً بالوقف كما في الهبة إذا وهب الكل، ثم استحق بعضه.. بطلت [١/٧٦٤] الهبة.

بخلاف ما لو وهب الكل، ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض الذي وقف في مرضه الكل، ولا يخرج من الثلث؛ فإنه لا يبطل الباقي؛ لأن الشيوع طار، وإذا بطل الوقف في الباقي.. رجع إلى الواقف لو كان حياً، وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته.

ولو كان المستحق جزءاً معيناً.. لم يبطل الوقف في الباقي؛ لعدم الشيوع، ولهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط.

وأما جعل غلة الوقف كلها أو بعضها لنفسه.. فهو جائز عند أبي يوسف، وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والزهري.

ولا يجوز على قياس قول محمد، وهو قول هلال الرازي والشافعي ومالك.

قال الصدر الشهيد: الفتوى على قول أبي يوسف؛ ترغيباً للناس في الوقف، وبه أخذ مشايخ بلخ.

ومن صور اشتراط الغلة لنفسه: ما لو قال: على أن يقضي دينه من غلته، أو قال: إذا حدث علي الموت وعلي دين.. يبدأ من غلة هذا الوقف لقضاء ما علي، فما فضل.. فعلى سييله.

وفي وقف الخصاف: إذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف، فجاءت غلته فباعها وقبض ثمنها، ثم مات قبل أن ينفق ذلك.. هل يكون ذلك لورثته أو لأهل الوقف؟ [قال: يكون لورثته]؛ لأنه قد حصل وكان له، ثم



اختلفوا؛ فمنهم من قال: إنَّ هذا الخلاف مبني على الخلاف في اشتراط القبض وعدم اشتراطه، فلا يشترطه محمّد مع اشتراط الغلة كلّها أو بعضها لنفسه؛ لأنّه حيثنّ لا تنقطع حصته فيه، وهو يمنع قبض المتولي، ولما لم يشترطه أبو يوسف.. لم يمنعه.

ومنهم من قال: إنه مسألة مبتدأة غير مبنية على الخلاف المذكور.

فوجه محمد على هذا التقدير: أن الوقف تبرع على وجه التملك للغلة أو للسكنى، فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يطله؛ لأن التملك لنفسه لا يتحقق، فصار كالصدقة المنعومة؛ لأنها لم تجز مع اشتراط بعض ما يتصدق به لنفسه، فكذا في الصدقة الموقوفة.

ولأبي يوسف: ما روي أن النبي ﷺ كان يأكل من صدقته، والمراد: صدقته الموقوفة.

ولا يحلّ الأكل منها إلا بالشرط؛ فإن الإجماع على أن الواقف إذا لم يشترط لنفسه الأكل منها.. لا يحلّ له أن يأكل منها [٧٦٤/ب] بالاتفاق، وإنما الخلاف فيما إذا شرطه. كذا في «فتح القدير».

ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى؛ فإذا اشترط الكل أو البعض لنفسه.. فقد جعل ما كان لله تعالى لنفسه، لا أنه جعل ملك نفسه لنفسه.

وأما جعل التولية لنفسه.. فقد نصّ فيه القدوري على قول أبي يوسف؛ حيث قال: أو جعل الولاية لنفسه.. جاز على قول أبي يوسف، وهو قول هلال أيضاً. وجعله في «الهداية» ظاهر المذهب.

وذكر هلال في وقفه فقال: وقال أقوام: إن شرط الواقف الولاية لنفسه.. كانت الولاية له، وإن لم يشترط.. لم يكن له ولاية، وهذا بظاهره لا يستقيم على قول أبي يوسف؛ لأن له ولاية على قوله؛ شرط أو سكت.

ولا على قول محمد أيضاً؛ لأن التسليم إلى المتولي شرط صحة الوقف عنده، فكيف يصح أن يشترط الواقف الولاية لنفسه، وهو يمنع التسليم إلى المتولي؟ فأوّله بعض مشايخنا وقالوا: الأشبه أن يكون هذا قول محمد؛ لأن من أصله: أنّ التسليم إلى المتولي شرط لصحة الوقف؛ فإذا سلّمه إليه.. لم يبق له ولاية فيه، معناه: إذا سلمه إليه ولم يشترط لنفسه.. لم يبق له ولاية. وأما إذا سلمه إليه وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه قبل التسليم.. كان له الولاية بعدما سلمه إلى المتولي.

ومن تأويلهم هذا أخذوا وقالوا: إن شرط التولية لنفسه لا يجوز عند محمد، ويدلّ على هذا التأويل: ما ذكره في «قاضي خان»، وقال: ذكر محمد في «السير»: إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم.. لا يكون له الولاية بعد ذلك، إلا أن يشترط الولاية لنفسه.

وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف.. فليس له ولاية بعد التسليم. ثم قال: وهذه المسألة بناء على أن عند محمد: التسليم إلى المتولي شرط لصحة الوقف، فلا يبقى له ولاية بعد التسليم، إلا أن يشترط الولاية لنفسه. وأما على قول أبي يوسف التسليم على المتولي ليس بشرط.. فكانت الولاية للواقف وإن لم يشترط الولاية لنفسه.

وقال بعض مشايخنا: معنى ما ذكره هلال من لفظة: «إن شرط الولاية لنفسه فهي له»: أنه إذا شرط الولاية لنفسه.. يسقط شرط التسليم عند محمد أيضاً؛ لأن شروط الواقف تراعى ومن ضرورته سقوط التسليم.

ثم وجه أبي يوسف: أن المتولي إنما يستفيد الولاية [٧٦٥/أ] من جهته بشرط له، فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه، ولأنه أقرب الناس إلى الواقف،

فكان أولى بولايته؛ كمن أعتق عبداً.. كان الولاء له، وكمن اتخذ مسجداً.. كان أولى بعمارته ونصب الإمام والمؤذن؛ لأنه أقرب الناس إليه على ما ذكره الإسكاف.  
وقال أبو نصر: نصب الإمام والمؤذن على أهل المحلة.

ثم إذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف.. فللقاضي أن يخرجَه نظراً للفقراء، كما أن له أن يخرج الوصي نظراً للصغار؛ لأنه إذا كان غير مأمون.. لا يلتفت إلى شرطه؛ لأنه شرط يخالف لحكم الشرع.. فيبطل.  
وصرح بأن ما يخرج به الناظر: ما إذا ظهر به فسق؛ كشرب خمر ونحوه. كذا في «فتح القدير».

أما جعلها لأُمّهات أولاده أو مدبريه ما داموا أحياء.. فاختلف فيه؛ فمنهم: من جعله خلافاً بين أبي يوسف ومحمد، كما جعلها لنفسه، وصحّحه صاحب «الهداية».

وقيل: جعل الغلة لأُمّهات أولاده أو مدبريه صحيح بالاتفاق، واختاره في «فتاوى قاضي خان» و«المحيط» و«الذخيرة» و«التتمة» و«المبسوط».  
وفي «فتح القدير»: وهو الأصح.

والمصنف اختار ما صحّحه صاحب «الهداية».

وأما شرط الاستبدال.. فهو أن يشترط الوقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك أو يبيع ويشتري بثمانها أرضاً أخرى؛ فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:  
فقال أبو يوسف وهلال - وهو قول الخصاف -: الوقف والشرط جائزان.  
وقال محمد وأبو يوسف بن خالد السمني: الوقف صحيح والشرط باطل.  
وقال بعضهم: كلاهما فاسدان.

وفي «قاضي خان»: والصحيح: قول أبي يوسف؛ لأن هذا شرط لا يبطل حكم الوقف؛ فإن الوقف مما يحتمل الانتقال من أرض إلى أرض أخرى، وتكون الثانية

قائمة مقام الأولى؛ فإن أرض الوقف إذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحراً لا تصلح للزراعة.. يضمن قيمتها ويشتري بقيمتها أرضاً أخرى فتكون الثانية وقفاً على وجه الأولى، وكذلك أرض الوقف إذا قلّ نزلها لآفة وصارت بحيث لا تقبل الزراعة، ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الوقف في الاستبدال بأرض أخرى.. فصح شرط ولاية الاستبدال.

وإن لم يكن للحال ضرورة داعية إلى [٧٦٥/ب] الاستبدال، يعني أن الشرط المذكور لما لم يكن مخالفاً لحكم الوقف وهو التأيد.. لم يكن فاسداً، بل هو تأيد للوقف؛ لأنه إثبات وقف آخر بدل الأول كما في الصورتين المذكورتين.

ثم قال في «قاضي خان»: أجمعوا أن الواقف إذا شرط الاستبدال لنفسه في أصل الوقف.. يصح الشرط والوقف، ويملك الاستبدال.

أما بدون الشرط.. أشار في «السير» إلى أنه لا يملك الاستبدال إلا القاضي إذا رأى المصلحة في ذلك.

ولا يخفى عليك أن هذا الإجماع مخالف لما نقله أولاً من الاختلاف على ثلاثة أقوال، والتوفيق على ما ذكره في «فتح القدير»: أن محل الإجماع: كون الاستبدال للواقف بنفسه: إذا شرطه لنفسه، وللقاضي: فيما إذا لم يشترطه لنفسه.

ومحل الخلاف: هو أصل الاستبدال.

أقول: كيف يتصور هذا الإجماع بعد الخلاف في أصل الاستبدال؟

بقي ههنا شبهة، وهي: أن الاستبدال؛ أما عن شرط الواقف.. فهو جائز أيضاً للواقف، وفي «فتح القدير»: ينبغي أن لا يختلف في جوازه، فما معنى ما في «السير» من أنه إذا لم يشترط الاستبدال لا يملكه إلا القاضي.. فالجواب عنها: أن الاستبدال؛ أما عن شرط الواقف أو لا عن شرطه.. فحيث؛ أما إن يكون لضرورة كما في الصورتين المذكورتين، أو لا لضرورة، بل يستبدله لما هو خير منه مع كونه متفعلاً

به، وهذا القسم الثالث هو محمل ما في «السير» على ما صرح به في «فتح القدير»؛ لأنه إذا لم يشترط الاستبدال ولم يكن فيه ضرورة.. فينبغي أن لا يجوز الاستبدال بمجرد زيادة أخرى؛ إذ لا موجب للاستبدال هنا؛ لأن الموجب في الأول: هو الشرط، وفي الثاني: هو الضرورة ولم يوجد شيء منهما في هذا؛ إذ لا تجب الزيادة فيه، بل الواجب إبقاؤه كما كان.

بخلاف القاضي؛ فإنه إذا رأى في الاستبدال مصلحة.. يجوز له الاستبدال؛ لأن ولايته عامة.

هذا ما ذكره في «فتح القدير»، وفيه بحث؛ لأن الظاهر منه: أنَّ للواقف أن يستبدل بلا شرط الاستبدال فيما مسته الضرورة كما في الصورتين المذكورتين في «قاضي خان»، وهو مخالف لما ذكره في «قاضي خان» بعد أسطر، قال: ولو كان الوقف مرسلًا ولم يذكر فيه شرط الاستبدال.. لم يكن له أن يبيعها ويستبدل بها، وإن كانت أرض الوقف سبخة لا ينتفع بها؛ لأن سبيل [٧٦٦/أ] الوقف أن يكون مؤبدًا لا يباع، وإنما يثبت ولاية الاستبدال بالشرط، فبدون الشرط.. لا يثبت. انتهى.

ويمكن أن يقال: إن المراد بما ذكره «قاضي خان» أولاً في الصورتين: أنه يجوز للواقف الاستبدال بإذن القاضي، وإن لم يشترط الاستبدال لنفسه كما في الصورتين، وبما ذكره هنا عدم الجواز بدون إذن القاضي، أو يحمل ما ذكره أولاً على ما قل نزلها بأفة، وما ذكره هنا: على ما كانت سبخة حين وقف، وبهذا يحصل التوفيق بين كلامي «قاضي خان»، ويبقى البحث على ما في «فتح القدير».

هذا، ثم الواقف إذا استبدل له مرة.. فهل له أن يستبدله مرة أخرى؟ قالوا ليس له ذلك؛ لأن هذا حكم ثبت بالشرط، والشرط انتهى بمرة، إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائماً.

وكذا ليس للقيم الاستبدال، إلا أن ينص له ذلك، ولو قيد بشرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف.. ليس له أن يستبدل بعد موته.

## وصحَّ وقفُ العَقَّارِ.

ولو قال: على أن أبيعها بقليل أو كثير، أو على أن أبيعها وأشتري بثمانها عبداً.. نص هلال على فساد هذا الوقف؛ كأنه قال: على أن أبطلها؛ لأنه شرط ولاية الإبطال.

ولو قال: على أن أبيعها وأشتري بثمانها أرضاً أخرى.. جاز استحساناً. وليس له أن يجعل البدل داراً، وكذا العكس. ولو قال: بأرض من البصرة.. ليس له أن يستبدل من غير البصرة؛ لأن الأماكن فيه تختلف بجودة الأرض.

وفي «فتح القدير»: وينبغي إن كانت أحسن: أن يجوز؛ لأنه خلاف إلى خير. ولو شرط الاستبدال ولم يذكر شيئاً.. استبدل ما شاء من العقار خاصة، ثم إذا اشترى الأرض الثانية أو الدار.. تصير الثانية وقفاً بشرائط الأولى بلا حاجة إلى مباشرة الوقف أصالة في الثانية؛ كالعبد الموصى بخدمة الإنسان إذا قتل خطأ وأخذ قيمته واشترى بها عبداً آخر.. ثبت حق الموصى له في الخدمة فيه من غير تجديد. وكذا المدبر إذا قتل خطأ وأخذ المولى قيمته.. يؤمر أن يشتري عبداً آخر فيدبره وينتقل حكمه الأول إلى بدله، كذلك ههنا.

(وصح وقف العقار) بالاتفاق؛ لأن جمعاً من الصحابة أوقفوه، والعقار: هو الأرض مبنية كانت أو غير مبنية.

ويدخل البناء في وقف الأرض تبعاً لها، فيكون وقفاً معها [٧٦٦/ب].

وفي دخول الشجر في وقف الأرض روايتان، على ما صرح به في «الخلاصة»، وذكر في «قاضي خان»: تدخل الأشجار والبناء في وقف الأرض كما يدخل في البيع، ولم يفرق بين الأشجار والبناء.

ويدخل الشرب والطريق استحساناً؛ لأن الأرض لا توقف إلا للاستغلال، وذلك لا يكون إلا بالماء والطريق.. فيدخلان في الوقف كما في الإجارة.

وَكَذَا الْمُنْقُولِ الْمُتَعَارِفِ وَقَفَهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ كَالْفَأْسِ، وَالْمَرِّ، وَالْقُدُومِ،  
وَالْمِنْشَارِ، وَالْجَنَازَةِ، وَثِيَابِهَا، وَالْقُدُورِ، وَالْمَرَاجِلِ، .....

وكذا يدخل مسيل الماء على ما في «الخلاصة»، والوجه: ما ذكر.

ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف؛ سواء كانت مما تؤكل أو لا تؤكل؛  
كالورد والرياحين.

ولو قال: وقفتها صدقة موقوفة بحقوقها وجميع ما فيها ومنها.. قال هلال: في  
القياس: يكون الثمر للواقف ولا يدخل في الوقف، ولكن في الاستحسان: يلزمه  
التصدق بها على وجه النذر؛ لأنه لما قال.. صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها.. فقد  
تكلم بما يوجب التصديق، ولا يدخل الزرع فيها إلا ما كان له أصل لا يقطع في سنة،  
كذا في «فتح القدير».

وفي «الخلاصة»: وقف أرضاً وفيها زرع.. لا يدخل الزرع في الوقف، كما لو  
وقف ضيعة فيها الثيران والعبيد ولم يذكر الثيران والعبيد في الوقف، قال الفقيه أبو  
الليث: وبه نأخذ.

وقال أبو بكر الإسكاف: إن لم يكن للزرع قيمة يوم الوقف.. دخل، وإلا.. فلا،  
ما لم يذكره. (وكذا) صح وقف (المنقول المتعارف وقفه عند محمد؛ كالفأس)،  
وهو: آلة من حديد يقطع بها الأشجار.

(والمَرِّ): آلة من حديد يحفر بها الأرض.

(والقُدُومِ): آلة من حديد للنجار.

(والمِنْشَارِ): كذلك.

(وَالْجَنَازَةِ): صندوق يوضع فيه الميت.

(وِثْيَابِهَا) أي: ثياب الجنابة.

(وَالْقُدْرِ): بكسر القاف معروف.

(وَالْمَرَاجِلِ): آلة من حديد يقطع بها النبات والزرع.

وَالْمَصَاحِفِ، وَالْكَتُبِ.

وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي وَقْفِ السِّلَاحِ وَالْكِرَاعِ وَالْإِبِلِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ. وَبِهِ يُفْتَى.

وَكَذَا يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَقْفُهُ تَبْعاً؛ كَمَنْ وَقَفَ ضَيْعَةً بِتَقْرِهَا وَأَكْرَتَهَا - وَهُمْ عَبِيدُهُ - وَسَائِرِ آلَاتِ الْحِرَاثَةِ.

(والمصاحف والكتب)، وهو المختار، وقيل: لا يجوز وقف الكتب.

(وأبو يوسف معه في وقف السلاح والكراع والإبل في سبيل الله، وبه يفتى).

والقياس: أن لا يجوز وقف هذه الأشياء أصلاً كما هو قول أبي حنيفة؛ لما تقدم: أن التأييد شرط في الوقف، ولا يتحقق التأييد في الأشياء، لكنهم جوزوها استحساناً؛ للعرف والآثار المشهورة في هذه الأشياء، وبها يترك القياس.

قال في «القنية»: ولو وقف على أن يشتري بها الخيل والسلاح، فيحمل عليها، ويستعمل السلاح في [٧٦٧/أ] سبيل الله.. جاز ذلك.

فإن كان أمر أن يتصدق بالخيول والسلاح على محتاجي المجاهدين.. جاز التصديق بهم بعين الغلة كالخبز والثياب.

فإن شرط أن يسلم الخيل والسلاح ليجاهد من غير تملك ويسترد ممن أحب، ثم يدفع إلى من أحب.. جاز الوقف، ويستوي فيه الغني والفقير.

ولا يجوز التصديق بعين الغلة، ولا بالسلاح، بل يشتري الخيل والسلاح ويبدلها لأهلها على وجهها؛ لأن الوقف وقع للإباحة لا للتمليك.

(وكذا يصح عند أبي يوسف وقفه) أي المنقول (تبعاً) للعقار، ومحمد معه؛ لأنه لما أجاز أفراد بعض المنقول بالوقف عنده.. فجوازه تبعاً أولى.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز، ولو تبعاً.

(كمن وقف ضيعة بقرها وأكرتها) جمع أكار (وهم: عبيده) أي: الزراع، (وسائر آلات الحراثة)؛ لأنها تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود، والشيء قد ثبت تبعاً



ولا يثبت قصداً؛ كالشرب في البيع، والبناء في الوقف.. فإنهما يدخلان فيهما تبعاً، ولا بد أن يسميهم حين وقف، وإلا.. فلا.

قال في «الخلاصة»: لو وقف ضيعة فيها بقر وعبيد له ولم يذكر.. فإنه لا يدخل شيء من الآلات والبقر والعبيد في الوقف.

ثم لو مرض بعضهم فتعطل عن العمل؛ إن كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصَّحَّ بها.. فنفقتهم في الوقف، وإن لم يصرح به في مال الوقف.. فللقيم أن يبيع من عجز ويشتري بثمنه آخر ليعمل؛ كما لو قتل فأخذ ديته.. فعليه أن يشتري بها آخر.

هذا، وهل يصح وقف النقود؟

قلت: إن كان بطريق الوصية أو الإضافة إلى الموت؛ بأن قال: إذا مت.. فقد وقفت ألف درهم من مالي على كذا، ثم مات مصرّاً.. يصح بالاتفاق.

وإلا.. فقد اختلفوا فيه؛ فعند زفر: أنه يصح مطلقاً أي: تعارف وقفه أو لا، على ما رواه الأنصاري عنه.

وقد نسب القول بصحة وقف النقود مطلقاً إلى ابن شهاب الزهري أيضاً، على ما نقله محمد بن إسماعيل البخاري في «صحيحه».

ولم ينقل صحة وقف النقود بدون الوصية أو الإضافة إلى الموت عن الأئمة الأربعة أبو حنيفة والشافعي ومالك وأحمد بن حنبل.

وجعل مولانا شيخ الإسلام أبو السعود: «النقود» مندرجاً تحت لفظ النقود.

وكلمة «ما» الواقعة في كلام محمد وجزم بصحة وقفها بدون الوصية أو

الإضافة إلى [٧٦٧/ب] الموت.. فيما يتعارف الناس وقفها.

وحمل ما ذكر في «البرازية» و«القنية» من صحة وقف الدراهم والدنانير بدون التقييد بالتعارف.. على المقيد بقيد التعارف، وقال: لأن القول بجوازه على الإطلاق بدون التعارف.. خارج عن أصول أئمتنا.

فإن قلت: كيف يصح وقف النقود، مع أنه لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، ومن شرط الوقف: الانتفاع به مع بقاء عينه؟

قلت: نزل بقاء أمثالها منزلة بقاء أعيانها، هذا خلاصة ما ذكره مولانا أبو السعود.

واعترض عليه بعض مشايخنا بما حاصله: أن القياس: عدم جواز وقف المنقول مطلقاً؛ لعدم تحقق التأييد فيه، إلا أن محمداً يقول: إن القياس قد يترك بالتعارف والتعامل؛ كما في الاستصناع، وقد وجد التعامل في الأشياء المذكورة؛ أعني: الفأس والمر إلى آخره، فترك القياس فيها، وحكم بصحة وقفها، ولم يوجد في النقود تعامل يترك في القياس؛ لأن المراد بالتعامل الذي يترك به القياس ويخص به الأثر: هو التعامل العام الذي وجد في زمن المجتهدين، لا مطلق التعامل، ولا الخاص ببعض البلد، والتعامل الذي وجد في وقف النقود: هو التعامل الخاص ببعض البلد بعد زمن الإجماع، فلا يترك به القياس، فبقي وقف النقود على القياس، وهو عدم الجواز.

وما ذكر في «الفتاوى العتائية» وغيرها من صحة وقف النقود عند التعارف.. محمول على اختيار بعض المشايخ قول زفر من صحة وقف النقود عند التعارف.

وقد صرحوا في كتاب الإجارة في مسألة نسج الغزل بنصف المنسوج: عدم جواز ترك القياس بالعرف الخاص، أو يحمل على طريق الوصية.

فإن قلت: إن التعارف الخاص وإن لم يصلح أن يكون دليلاً شرعياً مستقلاً يترك به القياس.. لكن يجوز أن يعتبر للإلحاق بالتعامل الكلي الراجع إلى الإجماع؛

وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ فَلَا يُمْلَكُ وَلَا يُمْلَكُ، إِلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ قِسْمَةُ الْمَشَاعِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

كاعتبارهم إياه في إلحاق وقف الكتب بالمصاحف، وإلحاق وقف البقرة بالمنشار في موضع التعارف الخاص بوقفهما.

أجاب عنه المعترض: بأن شرط الإلحاق المساواة بين الملحق والملحق به في العلة، والكتب مساو للمصحف في الحاجة إليه، وكذا البقرة مساو للمنشار فيها من كل وجه، بخلاف النقود.. فإنها لا تساوي إلا هذا أعني سائر المنقولات من كل وجه، ولو عند [٧٦٨/١] التعارف؛ لأن الأصل: أعيان باقية لها منافع عند بقائها، فيتصدق عليها بعريف الوقف، بخلاف النقود؛ إذ لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها. (وإذا صح الوقف) أي لزم وخرج عن ملك الواقف؛ بالقضاء على قول أبي حنيفة، وبمجرد القول على قول أبي يوسف، وبالقول والتسليم إلى المتولي على قول محمد (.. فلا يُمْلَكُ) أي لا يدخل في ملك أحد من الموقوف عليه؛ لأنه لو دخل في ملكه.. لجاز له إخراجه عن ملكه كسائر أملاكه، وانتقل إلى ورثته بعد موته، وليس كذلك بالاتفاق.

(وَلَا يُمْلَكُ) من التملك بالبيع أو الهبة أو غيرهما؛ لقوله ﷺ: «تصدق بأصلها، لا يباع ولا يوهب».

(إِلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ قِسْمَةُ الْمَشَاعِ) أي إقراره عن الملك (عند أبي يوسف)، ومحمد

معه.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز القسمة، بل يتهايؤون. له: أن القسمة في المشاع بعد صحة الوقف بحكم القاضي: مبادلة في غير المثليات، وذا لا يجوز في الوقف.

ولهما: أن القسمة تميز وإفراز، لا بيع وتمليك، فيجوز، غاية الأمر: أن في غير المثليات - كالمكيل والموزون - معنى المبادلة غالب، إلا أنا جعلنا الغالب في الوقف معنى الإفراز نظراً للوقف، فلم يكن تملكاً.

وَيَبْدَأُ مِنْ ارْتِفَاعِ الْوَقْفِ بِعِمَارَتِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهَا الْوَقْفُ؛ .....

ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك.. فالواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي؛ لأن الولاية للواقف.

وبعد موته إلى وصيه، حتى لو قال: أرضي صدقة موقوفة، فلما مرض مرض الموت أوصى إلى رجل وجعله وصياً لنفسه، ولم يذكر من أمر الوقف شيئاً.. كان ولاية الوقف إلى وصيه، وإذا ذكر أمر الوقف.. فبطريق الأولى.

وأما لو جعل ولاية الوقف إلى غيره في حياته، ثم مات الواقف.. بطلت ولاية المتولي عند أبي يوسف؛ لأنه وكيله لا وصيه، إلا أن يقول: ولاية الوقف إليه حال حياته وبعد وفاته؛ لأنه وصيه بعد موته.

وإن وقف نصف عقار خالص له.. فالذي يقاسم الواقف: هو القاضي أو من أمره القاضي؛ لثلا يكون الشخص الواحد مطالباً ومطالباً بالقسمة، أو يبيع نصفه الباقي من رجل، ثم يقاسم معه، ثم يشتري ذلك النصف من المشتري إن أراد.

(ويبدأ من ارتفاع الوقف) أي غلاته (بعمارته وإن) وصلية (لم يشترطها الواقف)؛ لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبداً، ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة، فثبت شرط العمارة اقتضاء؛ كنفقة [٧٦٨/ب] العبد الموصى بخدمته؛ فإنها على الموصى له وإن لم يشترط؛ لأن الخراج بالضمان، والغرم بالغنم.

قال في «قاضي خان»: رجل جعل أرضه وقفاً على المساكين وقفاً صحيحاً، ولم يذكر العمارة.. فعمارتها تكون في غلة الأرض يبدأ من الغلة بالعمارة وبما يصلحها، وبخراجها ومؤنتها، ثم يقسم الباقي على المساكين.

فإن كان في الأرض الموقوفة نخل وخاف القيم هلاكها.. كان للقيم أن يشتري من غلة الوقف فسيلاً فيغرسه كيلا ينقطع، ولو كانت قطعة من هذه الأرض سبخة لا تنبت شيئاً فتحتاج إلى رفع وإصلاح حتى تنبت.. كان للقيم أن يبدأ من جلة غلة الأرض في ذلك ويصلح القطعة.

وإن أراد القيم أن يبني في الأرض الموقوفة قرية لأكرتها وحفاظها ليجمع فيها الغلة.. كان له أن يفعل ذلك.

وكذا لو كان الوقف خاناً على الفقراء واحتاج إلى خادم يكسح الخان ويقوم به ويفتح بابه ويغلقه فيسلم بعض بيوته إلى رجل أجره له.. كان له ذلك.

وإن أراد قيم الوقف أن يبني في الأرض الموقوفة بيوتاً يستغلها بالإجارة.. ليس له ذلك؛ لأن استغلال الأرض بالزراعة، إلا أن تكون الأرض متصلة ببيوت المصر يرغب الناس في استئجار بيوتها، وتكون غلة ذلك فوق غلة الزرع والنخل.. فحينئذ يكون له ذلك؛ لأن الاستغلال بهذا الوجه يكون أنفع للفقراء، بخلاف ما إذا كانت الأرض الموقوفة بعيداً من بيوت المصر؛ فإن ثمة لا يكون للقيم أن يبني فيها بيوتاً للإيجار؛ لأن ثمة لا يرغب الناس في استئجار البيوت بأجرة تزيد على منفعة الزراعة.

وهل يجوز تأخير العمارة مع وجود الغلة؟

ففي «قاضي خان»: إذا اجتمع من غلة أرض الوقف في يد القيم شيء، فظهر له وجه من وجوه البر، والوقف يحتاج إلى الإصلاح والعمارة أيضاً، ويخاف القيم أنه لو صرف الغلة إلى المرممة يفوته ذلك؛ فإنه ينظر:

إن لم يكن في تأخير إصلاح الأرض وممرته إلى الغلة الثانية ضرر بين يخاف خراب الوقف.. فإنه يصرف الغلة إلى ذلك البر، ويؤخر المرممة إلى الغلة الثانية.

وإن كان في تأخير المرممة ضرر بين.. فإنه يصرف الغلة إلى المرممة؛ فإن فضل شيء من ذلك.. يصرف على ذلك البر.

والمراد من وجه البر ههنا: وجه فيه تصدق بالغلة [٧٦٩/أ] على نوع من الفقراء نحو: فك أسارى المسلمين، أو إعانة الغازي المنقطع؛ لأن هؤلاء من أهل التصدق عليهم، فجاز صرف الغلة إليهم.

فأمّا عمارة مسجد أو رباط أو نحو ذلك ممّا هو ليس بأهل للتمليك.. لا يجوز صرف الغلة إليه؛ لأن التصديق عبارة عن التملك، فلا يصح إلا ممن هو أهل التملك. انتهى.

وهل يجوز للمتولي الاستدانة للعمارة إذا لم يكن فيه غلّة؟

ففي «قاضي خان» أيضاً: قيم الوقف إذا طلب منه الخراج والجباية، وليس في يده من غلة الوقف شيء، قال الفقيه أبو الليث القاسم: إن كان الواقف أمر بالاستدانة.. كان له أن يستدين، وإن لم يأمره بالاستدانة فاستدان.. كان ذلك من ماله، ولا يرجع في غلّة الوقف.

وقال الفقيه أبو الليث: إذا استقبله أمر ولم يجد بداً من الاستدانة.. ينبغي أن يستدين بأمر الحاكم، ثم يرجع في الغلّة؛ لأن للقاضي ولاية الاستدانة على الوقف. وذكر الناطقي: إذا أراد القيم أن يستدين ليجعل ذلك في ثمن البذر للزراعة في أرض الوقف؛ إن فعل ذلك بأمر القاضي.. كان له ذلك عند الكل؛ لأن القاضي يملك الاستدانة؛ فإذا أمر القيم بذلك.. صح أمره؛ أما القيم.. فلا يملك الاستدانة.

قال: وتفسير الاستدانة على الوقف: أن يشتري للوقف شيئاً، وليس في يده شيء من غلات الوقف، فاشترى للوقف شيئاً ونقد الثمن من مال نفسه.. ينبغي أن يكون له أن يرجع بذلك في غلة الوقف، وإن لم يكن ذلك بأمر القاضي كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه.. كان له أن يرجع بذلك على الموكل.

ثم ذكر في «قاضي خان»: حوانيت مال بعضها على بعض، والأول منها وقف، والباقي ملك، والمتولي لا يعمر الوقف؟! قال الفقيه أبو القاسم: إن كان للوقف غلّة.. كان لأصحاب الحوانيت التي هي ملك أن يأخذوا القيم ليسوي الحائط المائل من غلة الوقف، وإن لم يكن غلّة في يد القيم.. رفعوا الأمر إلى القاضي ليأمر القاضي القيم بالاستدانة على الوقف في إصلاح الوقف.

وليس للقيم أن يستدين بغير أمر القاضي.

وتفسير الاستدانة: أن لا يكون للوقف غلة فيحتاج إلى القرض والاستدانة؛ أما إذا كان للوقف غلة وأنفق من مال نفسه لإصلاح الوقف.. كان له أن يرجع [٧٦٩/ب] بذلك في غلة الوقف. انتهى.

فظهر منه: أن استدانة المتولي للوقف لا بد وأن يكون بأمر الواقف أو بأمر القاضي، وإلا.. فلا يرجع على الوقف بشيء مما استدانه للوقف.

وأما لو أنفق على الوقف من مال نفسه بلا أمر واحد من الواقف أو القاضي، وفي الوقف غلة.. فإنه يرجع به على الوقف ما لم يتبرع على الوقف؛ لأنه ليس باستدانة على الوقف، فلا يحتاج فيه إلى أمر القاضي أو الواقف؛ لأن الاستدانة لا تكون إلا عند الضرورة؛ لعدم الغلة، قال في «الذخيرة»: إذا احتاج الوقف إلى العمارة، وليس في يد القيم ما يعمرها.. فليس له أن يستدين على الوقف؛ لأن الدين لا يجب إلا في الذمة، وليس للوقف ذمة، والفقراء وإن كانت لهم ذمة.. إلا أنهم لكثرتهم لا يتصور مطالبتهم، فما استدانه القيم ليس إلا عليه، ولا يرجع به على الوقف.

وأجاب عنه الفقيه أبو جعفر: بأن القياس هذا، لكن يترك القياس فيما فيه ضرورة؛ نحو: أن يحتاج الوقف إلى العمارة والإصلاح وليس فيه غلة، فيستدين بأمر القاضي، أو طالبه السلطان بالخراج وليس فيه غلة؛ فإنه يستدين له.

هذا في الاستدانة لعمارة الوقف وإصلاحه، وهل يستدين للإمام والخطيب والمؤذن؟

ففي «البحر»: أنه يستدين لهم؛ لكونهم من مصالح المسجد، ويدل عليه ما ذكره في «جامع الفصولين»: الاستدانة لضرورة مصالح الوقف تجوز بأمر الواقف أو

إِنْ وَقَفَ عَلَى الْفُقَرَاءِ.  
وَإِنْ عَلَى مُعَيَّنٍ.. فَعَلَيْهِ.

القاضي، وهل يستدين للحصير والزيت؟ فعلى أنها من المصالح: يستدين، وإلا.. فلا، ففي «البحر»: أن الراجح أنهما من مصالح المسجد، فيستدين بإذن القاضي. والمدرس من مصالح المدرسة على ما في «الحاوي».

وهل يجوز للمتولي صرف شيء من مال الوقف إلى كتبة الفتوى ومحاضر الدعوى لاستخلاص الوقف؟

ففي «البحر»: أنه يجوز له ذلك.

وهكذا في «القنية» أيضاً.

وهل له الإسراج؟

ففي «القنية»: وإسراج السرج الكبيرة في السكك والأسواق ليلة البراءة بدعة، وكذا في المساجد، ويضمن القيم إذا أسرف في السرج في رمضان وليلة القدر.

ويجوز الإسراج على باب المسجد في السكة أو السوق.

ولو اشترى من مال المسجد شمعاً في رمضان.. يضمن إذا لم ينص الواقف عليه.

(إن وقف على الفقراء)؛ لأنه لا يظفر بهم لكثرتهم ولعسرهم، وأقرب أموالهم هذه الغلة، فيجب فيها.

(وإن على معين) [٧٧٠/١] وآخره للفقراء؛ تحقيقاً للتأييد، وإلا.. فلا يكون وقفاً، بل ينتقل إلى ملك الواقف بعد موت المعين على ما مر.

(.. فعليه) أي فعمارة الوقف في ماله أي مال شاء في حال حياته.

ولا يجب الأخذ من الغلة؛ لأنه معين يمكن مطالبته فيطالب بعمارته، لكنه إنما يطالب بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه، وأما الزيادة على تلك الصفة..



فَإِنْ امْتَنَعَ أَوْ كَانَ فَقِيرًا.. أَجَرَهُ الْحَاكِمُ وَعَمَّرَهُ مِنْ أَجْرَتِهِ، ثُمَّ رَدَّهُ إِلَيْهِ.  
وَنَقَضَ الْوَقْفَ يُصْرِفُ إِلَى عِمَارَتِهِ إِنْ احتَاجَ.  
وإِلَّا.. حُفِظَ إِلَى وَقْتِ الْحَاجَةِ.

وَإِنْ تَعَذَّرَ صَرْفُ عَيْنِهِ.. يُبَاعُ وَيُصْرِفُ ثَمَنُهُ إِلَيْهَا، وَلَا يُقَسَّمُ بَيْنَ مُسْتَحَقِّي  
الْوَقْفِ.

---

فليست بمستحقة له للعمارة، والغلة مستحقة له، فلا يجوز صرفها على شيء آخر إلا  
برضاه.

(فإن امتنع) ذلك المعين عن العمارة (أو كان فقيراً.. أجره الحاكم وعمره من  
أجرته، ثم رده إليه) أي إلى المعين الموقوف عليه؛ تحصيلاً لمقصود الواقف.  
وهل يجوز إجارة الموقوف عليه؟ قالوا: لا يجوز، وإنما يؤجره المتولي أو  
القاضي.

(ونقض الوقف يصرف إلى عمارته إن احتاج)؛ تحقيقاً للتأييد، وتحصيلاً  
للمقصود.

(وإلا.. حفظ إلى وقت الحاجة) حتى لا يتعذر عليه العمارة وقت الحاجة إليها.  
(وإن تعذر صرف عينه) أي عين النقض (.. يباع ويصرف ثمنه إليها) أي: إلى  
العمارة، (ولا يقسم) أي النقض (بين مستحقي الوقف)؛ لأنه جزء من الوقف، ولا  
حَقٌّ للموقوف عليهم في عين الوقف، وإنما حَقُّهم في المنافع، والعين حق الله  
تعالى، ولا يصرف إليهم غير حَقِّهم.

### (فَضْلُ)

إِذَا بَنَى مَسْجِدًا.. لَا يَزُولُ مَلَكُهُ عَنْهُ حَتَّى يُفَرِّزَهُ عَنْ مَلِكِهِ بِطَرِيقِهِ، وَيَأْذَنَ  
بِالصَّلَاةِ فِيهِ، وَيُصَلِّي فِيهِ وَاحِدًا.  
وَفِي رِوَايَةٍ: شُرْطُ صَلَاةٍ جَمَاعَةٍ.

### (فَضْلُ)

#### فِي أَحْكَامِ الْمَسْجِدِ

فصله عما قبله لمخالفة أحكامه لما قبله على ما سيظهر لك.

(إِذَا بَنَى مَسْجِدًا.. لَا يَزُولُ مَلَكُهُ عَنْهُ حَتَّى:

يُفَرِّزُهُ عَنْ مَلِكِهِ بِطَرِيقِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْلُصَ لِلَّهِ تَعَالَى إِلَّا بِهِ.

(وَيَأْذَنُ بِالصَّلَاةِ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَا بَدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ، وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالصَّلَاةِ فِيهِ.

(وَيُصَلِّي فِيهِ وَاحِدًا)؛ أَي: يَكْتَفِي بِصَلَاةٍ وَاحِدَةٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ

الْجَنَسَ مُتَعَدِّرًا، فَشَرَطَ أَذْنَاهُ.

وَفِي «قَاضِي خَانَ»: قَالُوا: إِذَا صَلَّى فِيهِ وَاحِدًا بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ.. تَكْفِي، وَفِي ظَاهِرِ

الرِّوَايَةِ: لَمْ يَذْكُرْ هَذِهِ الرِّوَايَةَ.

(وَفِي رِوَايَةٍ) عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ: (شُرْطُ صَلَاةٍ جَمَاعَةٍ)، فَظَهَرَ مِنْهُ: أَنَّ عِنْدَ

أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَشْتَرُطُ فِي زَوَالِ الْمَلِكِ عَنِ الْمَسْجِدِ حُكْمُ الْقَاضِي وَلَا الْإِمَاءُ بِهِ

عَلَى مَا هُوَ أَصْلُهُ فِي سَائِرِ الْوُقُوفِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

وَلَا يَشْتَرُطُ التَّسْلِيمَ إِلَى الْمُتَوَلَّى عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ كَمَا هُوَ أَصْلُهُ فِي سَائِرِ الْوُقُوفِ، بَلْ

يَكْفِي الصَّلَاةُ فِيهِ بِأَذْنِهِ.

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يَشْتَرُطُ التَّسْلِيمَ أَصْلًا، لَا فِي الْمَسْجِدِ وَلَا فِي غَيْرِهِ، بَلْ

يَزُولُ مَلَكُهُ عَنْهُ بِمَجْرَدِ قَوْلِهِ: جَعَلْتَهُ [٧٧٠/ب] مَسْجِدًا؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ كَالِإِعْتَاقِ، فَيَصِيرُ

خَالِصًا لِلَّهِ بِسُقُوطِ حَقِّ الْعَبْدِ.

وفي «قاضي خان»: والصحيح من الروایتين: رواية اشتراط صلاة جماعة؛ لأن قبض كل شيء وتسليمه يكون بحسب ما يليق به، وذلك في المسجد بأداء الصلاة بالجماعة.

أما الواحد: فيصلّي في كل مكان، ثم على الرواية التي لا تشترط أداء الصلاة بالجماعة؛ إذا بنى مسجداً وصلّى هو وحده فيه، هل يصير مسجداً؟  
اختلفوا فيه: قال بعضهم: يصير مسجداً؛ لأن محمداً ذكر على قول أبي حنيفة لا يصير مسجداً حتى يصلّى فيه، وقوله: يصلّى: فعل ما لم يسم فاعله.. فيدخل فيه الباني وغيره.

وقال بعضهم: صلاة الباني.. لا تكفي، وهو الصحيح؛ لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض على العامة، وقبضه لا يكفي، فكذا صلاته.

ولو بنى مسجداً وسلم إلى المتولي، هل يصير مسجداً قبل أداء الصلاة؟  
لا رواية فيه عن أصحابنا، واختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: يصير مسجداً ويتم كما يتم سائر الأوقاف بالتسليم إلى المتولي.

وقال بعضهم: لا يصير مسجداً بالتسليم إلى المتولي ما لم يصل فيه، وهو اختيار الإمام السرخسي؛ لأن قبض كل شيء بما يليق به.

ثم ذكر وقال: رجل له ساحة ولا بناء فيها، أمر قوماً أن يصلّوا فيها جماعة، قالوا: إن أمرهم بالصلاة أبداً، أو أمرهم بالصلاة فيها بالجماعة ولم يذكر الأبد إلا أنه أراد الأبد، ثم مات.. لا يكون ميراثاً عنه.

وإن أمر بالصلاة فيها شهراً أو سنة، ثم مات.. يكون ميراثاً عنه؛ لأنه لا بد من التأبّد، والتوقيت ينافي بالتأبّد. انتهى.

والذي ظهر من قوله: «إلا أنه أراد الأبد»: أنه لا يصير مسجداً فيما إذا أطلق، إلا إذا اعترف الورثة بأنه أراد الأبد؛ فإن نيته لا تعلم، فلا يحكم عليهم بمنع إرثهم ما لم يثبت.

وفي «قاضي خان»: المسجد إذا خرب أو استغنى عنه أهل القرية فرفع ذلك إلى القاضي فباع الخشب وصرف الثمن إلى مسجد آخر.. جاز.

في «الخلاصة» إذا خربت القرية التي فيها المسجد، وجعلت مزارع وخرب المسجد، ولا يصلي فيه أحد.. فلا بأس بأن يأخذه صاحبه ويبيعه، وهو قول محمد. وعند أبي يوسف: لا يعود إلى ملك الباني، ولا إلى ورثته، وهو مسجداً أبداً، بناءً على أن إقامة الصلاة في المسجد ليست بشرط؛ لصيرورته مسجداً عند أبي يوسف، فلا يكون شرطاً لبقائه مسجداً، وعندهما: شرط.

وإن لم يعرف بانٍ للمسجد وبنى أهل المسجد مسجداً، ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه في حق [٧٧١/١] المسجد الآخر.. لا بأس به؛ أما إذا عرف بانيه.. فليس لهم أن يبيعه، وإنما يعود إلى ملك الباني.

ولو علّق قنديلاً، أو بسط حصيراً أو بوارى في المسجد، ثم خرب المسجد واستغنى عنه.. عادت هذه الأشياء إلى ملك صاحبه.

والصحيح من مذهب أبي يوسف: أنها لا تعود، بل تحول إلى مسجد آخر، أو يبيعها قيم المسجد لأجل المسجد.

وقال محمد في الفرس: إذا جعله حبساً في سبيل الله، فصار بحيث لا يستطيع أن يركب.. يباع ويصرف ثمنه إلى صاحبه أو ورثته؛ كما في المسجد.

وإن لم يعلم صاحبه، ولا ورثته.. يشتري بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة إلى أمر الحاكم.

وَلَا يَضُرُّ جَعْلُهُ تَحْتَهُ سِرْدَاباً لِمَصَالِحِهِ.

فَإِنْ جَعَلَهُ لَغَيْرِ مَصَالِحِهِ، أَوْ جَعَلَ فَوْقَهُ بَيْتاً وَجَعَلَ بَابَهُ إِلَى الطَّرِيقِ وَعَزَلَهُ، أَوْ اتَّخَذَ وَسْطَ دَارِهِ مَسْجِداً وَأَذِنَ بِالصَّلَاةِ فِيهِ.. لَا يَزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ، وَلَهُ بَيْعُهُ وَيُورَثُ عَنْهُ،

ولو فعل جنازة وملاءة ومغتسلاً وقفاً في محلة فمات أهلها كلهم.. لا ترد إلى الورثة، بل تحمل إلى مكان آخر أقرب إلى هذه المحلة، فلو صحَّ هذا عن محمد.. فهذا رواية في الحصر والبوارى أنها لا تعود إلى الوارث. الكل في «الخلاصة».

وذكر فيها أيضاً قبل هذا: مسجد له أوقاف مختلفة، لا بأس للقيم أن يخلط غلتها؛ فإن خرب حانوت منها.. لا بأس بعمارته من غلة حانوت آخر؛ سواء كان الواقف واحداً أو مختلفاً.

أما جوازه إذا كان الواقف واحداً.. فلأن الكل للمسجد.

وأما إذا كان مختلفاً.. فلأن المعنى يجمعها هكذا علَّله في «الولوالجية».

(ولا يضر جعله) أي: جعل الواقف (تحت) أي: تحت المسجد (سرداباً) - هو بكسر السين: بيت يتخذ تحت الأرض لغرض تبريد الماء وغيره - (لمصالحه)؛ أي: لمصالح المسجد.

(فإن جعله لغير مصالحه، أو جعل فوقه بيتاً وجعل بابه) أي: باب المسجد (إلى الطريق وعزله) أي: عن ملكه، (أو اتخذ وسط داره مسجداً وأذن بالصلاة فيه.. لا يزول ملكه عنه)؛ أي: لا يكون مسجداً في ظاهر الرواية.

(وله بيعه، ويورث عنه)؛ لأنه لم يخلص لله تعالى؛ لبقاء حق العبد متعلقاً به.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: إذا جعل السفلى مسجداً وعلى ظهره مسكناً.. فهو مسجد؛ لأن المسجد مما يتأبد، وذلك يتحقق في السفلى دون العلو.

وعن محمد: على عكس هذا؛ لأن المسجد معظم، وإذا كان فوقه مسكن، أو مستغل.. يتعذر تعظيمه.

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: يَزُولُ مِلْكُهُ بِمَجَرَّدِ الْقَوْلِ مُطْلَقاً.  
وَلَوْ ضَاقَ الْمَسْجِدُ وَبَجَنْبِهِ طَرِيقُ الْعَامَّةِ.. يُوسَّعُ مِنْهُ، وَبِالْعَكْسِ.  
رِبَاطٌ اسْتَغْنَى عَنْهُ.. يُصَرَّفُ وَقْفُهُ إِلَى أَقْرَبِ رِبَاطٍ إِلَيْهِ.

(وعند أبي يوسف: يزول) عن (ملكه بمجرد القول)؛ أي: بقوله: جعلته مسجداً (مطلقاً)؛ أي: صلى فيه، أو لم يصل على ما تقدم من أصله في سائر الأوقاف.  
(ولو ضاق المسجد)؛ أي: عن أهله، (وبجنبه طريق [٧٧١/ب] العامة.. يوسع منه).

قال في «الخلاصة»: أرض وقف على مسجد، والأرض بجنب ذلك المسجد، وأرادوا أن يزيدوا في المسجد شيئاً من هذه الأرض.. جاز، لكن يرفعون الأمر إلى القاضي ليأذن لهم، ومستغل الوقف كالدار والحانوت على هذا.  
ولو كان بجنب المسجد أرض رجل وضاق المسجد على الناس.. تؤخذ أرضه بالقيمة كرهاً.

مسجد ضاق عن أهله وبجنبه طريق العامة.. لا بأس بأن يلحق بالمسجد من الطريق.

وفي «فتاوى» القاضي الإمام: قوم بنوا مسجداً واحتاجوا إلى مكان ينتفع به المسجد، فأخذوا من الطريق وأدخلوه في المسجد؛ إن كان يضر بأصحاب الطريق.. لا يجوز، وإلا.. فلا بأس به.

وإن أراد أهل المحلة أن يدخلوا شيئاً من الطريق في دورهم، وذلك لا يضر بالطريق.. لا يكون لهم ذلك.

(وبالعكس)؛ أي: يجعل شيئاً من المسجد طريقاً للعامة إن احتاج إليه؛ لأن الطريق للعامة، والمسجد لهم أيضاً.

(رباط استغني عنه.. يصرف وقفه إلى أقرب رباط إليه)، قد ذكرنا عن «الخلاصة» بعض ما يتعلق بهذه المسألة.

## وَالْوَقْفُ فِي الْمَرَضِ وَصِيَّةٌ.

وقال في «قاضي خان»: رباط على بابه قنطرة على نهر عظيم، خربت القنطرة، ولا يمكن الوصول إلى الرباط إلا بمجاورة النهر، وبدون القنطرة لا يمكن المجاورة، هل يجوز عمارة القنطرة بغلة الرباط؟

قال الفقيه أبو جعفر: إن كان الواقف وقف على مصالح الرباط.. لا بأس به، وإلا.. فلا؛ لأن الرباط للعامة والقنطرة كذلك، فهو كطريق بجانب المسجد، وضاق على أهل المسجد مسجدهم؛ فإن الطريق يلحق المسجد. كذا هو.

متولي الرباط إذا صرف فضل غلة الرباط في حاجة نفسه قرضاً.. قال الفقيه أبو جعفر: لا ينبغي له أن يفعل، ولو فعل، ثم أنفق في الرباط.. رجوت أن يبرأ، وإن أقرض ليكون أحرز من الإمساك عنده.. قال: رجوت أن يكون واسعاً له ذلك.

رباط استغنى عنه المارة، وبقره رباط آخر، قال الفقيه أبو جعفر: غلة الرباط الأول تصرف على الرباط الثاني، وإن لم يكن بقره رباط.. يعود الوقف إلى ورثة من بنى الرباط.

رباط في طريق بعيد، استغنى عنه المارة، وبجنبه رباط آخر.. قال السيد الإمام أبو شجاع: تصرف غلته على الرباط الثاني؛ كالمسجد إذا خرب واستغنى عنه أهل القرية، فرفع ذلك إلى القاضي [٧٧٢/أ] فباع الخشب وصرف الثمن إلى مسجد آخر.. جاز.

وقال بعضهم: إذا خرب الرباط والمسجد واستغنى الناس عنهما.. يصيران ميراثاً.

وكذلك حوض العامة إذا خربت.

(والوقف في المرض وصية)؛ لأنه تبرع فيعتبر بسائر التبرعات.

وذكر في «قاضي خان» نقلاً عن محمد بن الفضل: إن الوقف على ثلاثة أوجه: أما إن يكون في الصحة، أو في المرض، أو وقف بعد الموت.

فما كان في الصحة: فالقبض والإفراز يكون شرطاً لصحته كالهبة.  
وما كان بعد الموت: فالقبض والإفراز ليس بشرط لصحته؛ لأنه وصية إلا أنه  
يعتبر من الثلث؛ لكونه وصية.

وما كان في حالة المرض: فحكمه حكم الوقف في الصحة، وإن كان يعتبر من  
الثلث؛ لكونه وصية؛ كالهبة في المرض، فيعتبر فيه القبض والإفراز.  
وذكر الطحاوي: أن الوقف المنفذ في المرض كالمضاف إلى ما بعد الموت؛  
لأن تصرف المريض مرض الموت بمنزلة المضاف إلى ما بعد الموت حتى يعتبر  
من الثلث.

وذكر الإمام السرخسي: الصحيح: أن وقف المريض مرض الموت بمنزلة  
المباشرة في الصحة، حتى لا يمنع الإرث في قول أبي حنيفة، ولا يتعلق به اللزوم  
كالعارية، إلا أن يقول: في حياتي وبعد وفاتي.. فحينئذ يكون لازماً.

مريض وقف داراً في مرض موته.. فهو جائز إذا كان يخرج من ثلث ماله، وإن  
لم يخرج فأجازت الورثة.. فكذلك، وإن لم يجزوا.. بطل فيما زاد على الثلث، وإن  
أجاز البعض دون البعض.. جاز بقدر ما أجازوا وبطل الباقي، إلا أن يظهر للميت  
مال غير ذلك فينفذ الوقف في الكل، وهل تعتبر إجازتهم في حياة الواقف؟

قالوا: لا تعتبر.

ففي «قاضي خان» من فصل من تجوز وصيته ومن لا تجوز وصيته: ولا تجوز  
الوصية للوارث عندنا، إلا أن يجيزها الورثة، ولو أوصى لوارثه وأجنبي.. صح في  
حصّة الأجنبي وتتوقف في حصّة الوارث على إجازة الورثة؛ فإن أجازوه.. جاز،  
وإلا.. بطل، ولا تعتبر إجازتهم في حياة الموصي، حتى كان لهم الرجوع بعد ذلك.



وَيُسَبَّحُ شَرْطُ الْوَاقِفِ فِي إِجَارَةِ الْوَقْفِ إِنْ وُجِدَ، وَإِلَّا فَيُخْتَارُ: أَنْ لَا يُؤْجَرُ الضِّيَاعُ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثِ سِنِينَ، وَلَا غَيْرُهَا أَكْثَرَ مِنْ سَنَةٍ.

ثم قال بعد ورقة: رجل أوصى بجميع ماله للفقراء، أو لرجل بعينه.. لا يجوز ذلك إلا من الثلث؛ فإن أجازت الورثة في حياة المورث.. لا تعتبر إجازتهم، وكان لهم الرجوع، وإن أجازوا بعد موته.. صحت الإجازة. انتهى.

وقد وقع لي الإفتاء به.

(ويتبع [٧٧٢/ب] شرط الواقف في إجارة الوقف إن وجد) الشرط؛ لأنه يجب اعتبار شرط الواقف؛ لأنه ملكه أخرجه بشرط معلوم، فلا بد من اعتباره.

(ولا ) أي: وإن لم يوجد الشرط من الواقف (.. فيختار أن لا يؤجر الضياع) أي: الأراضي الموقوفة (أكثر من ثلاث سنين)؛ لأن الناس لا ترغب في الضياع أقل من ذلك، وفي الأكثر منه: يخاف أن يتخذ ملكاً بطول المدة باندراس سمة الوقفية.

(ولا غيرها)؛ أي: غير الضياع من الدور والحوانيت.

(أكثر من سنة) لما ذكرناه.

وقال بعض أصحابنا: لا يجوز أكثر من سنة مطلقاً.

وقال المتقدمون منهم: يجوز بأي مدة كانت.

قال في «قاضي خان»: إذا لم يذكر الواقف في صك الوقف إجارة الوقف، فرأى القيم أن يؤاجرها ويدفعها مزارعة، فما أدر للوقف وأنفع للفقير.. فعل، إلا أن في الدور لا يؤاجرها أكثر من سنة؛ لأن المدة إذا طالت تؤدي إلى إبطال الوقف.

أما في الأرض: إن كانت الأرض تزرع في كل سنة.. لا يؤاجرها أكثر من سنة، وإن كانت تزرع في كل سنتين مرة أو في كل ثلاث سنين مرة.. كان له أن يؤاجرها مدة يتمكن المستأجر فيها الزراعة، هذا إذا لم يكن الواقف بشرط أن يؤاجر أكثر من سنة.

فإن كان شرط ذلك والناس لا يرغبون في استئجارها سنة، وكانت إجارتها أكثر من سنة أدر على الوقف وأنفع للفقراء.. فليس للقيم أن يخالف شرطه ويؤاجرها أكثر من سنة، إلا أنه يرفع إلى القاضي حتى يؤاجرها القاضي أكثر من سنة؛ لأن هذا أنفع للوقف، وللقاضي ولاية النظر للفقراء والغائب والميت.

وإن كان الواقف ذكر في صك الوقف أن لا يؤاجرها أكثر من سنة، إلا إذا كان أنفع للفقراء.. كان للقيم أن لا يؤاجرها بنفسه أكثر من سنة إذا رأى ذلك خيراً، ولا يحتاج إلى المرافعة إلى القاضي؛ لأن الواقف أذن له بذلك.

ولو أن القيم آجر دار الوقف خمس سنين، قال أبو القاسم البلخي: لا يحل إيجار الوقف أكثر من سنة إلا لأمر عارض يحتاج إلى تعجيل الأجرة بحال من الأحوال.

وقال أبو بكر البلخي: أنا لا أقول بفساد هذه الإجارة إذا آجر مدة طويلة، لكن الحاكم ينظر فيه؛ إن كان ضرراً بالوقف.. أبطلها، وهكذا قال الإمام أبو الحسن السعدي.

وعن الفقيه أبي الليث: أنه كان يجوز إجارة الوقف ثلاث سنين من غير فصل بين الدار والأرض؛ إذا لم يكن الواقف شرط أن لا يؤاجر أكثر من ثلاث سنين. وإن آجر أكثر من ثلاث سنين.. اختلفوا فيه:

قال أكثر مشايخ بلخ: لا يجوز.

وقال غيرهم: يرفع الأمر إلى القاضي حتى يبطله، وبه أخذ الفقيه أبو الليث. وهل تجوز الإجارة الطويلة في الوقف؟

ففي «البزازية»: ولا تجوز [٧٧٣/أ] الإجارة الطويلة في الوقف، وإن احتج إليها.. يعقد عقوداً متفرقة، فيكتبه: استأجر فلان من فلان أرضاً؛ كذا ثلاثين سنة

وَلَا يُؤْجَرُ إِلَّا بِأَجْرِ الْمِثْلِ.

بثلاثين عقداً، كل عقد على سنة بكذا، فيكون العقد الأول لازماً لأنه ناجز والباقي: لا؛ لأنه مضاف. انتهى.

وفي «قاضي خان»: لا بد أن يكون بعض العقود شرطاً في بعض، وإلا.. تكون فاسدة.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن الإجارة الطويلة المضافة تكون لازمة في إحدى الروايتين، وهو الصحيح.

وذكر في وقف الكرماني نقلاً عن «الذخيرة»: أن بعض المشايخ زيفوا هذه الحيلة؛ أعني: أن يعقد عقوداً متفرقة على ما ذكره في «البزازية»؛ لأن الإجارة الطويلة إنما لم تجز على الوقف كي لا تؤدي إلى إبطال الوقف؛ لأنه إذا طال تصرف المستأجر فيه.. تصرف كالملاك، فمتى أنكر المستأجر الوقف.. يشهد له الناس بالملك في حق هذا المعنى.

لا فرق بين العقود والعقد الواحد. قال أبو جعفر: الفتوى على إبطال الإجارة الطويلة. انتهى.

(ولا يؤجر إلا بأجر المثل) دفعاً للضرر عن الفقراء، فلو أجر المتولي الوقف بدون أجر المثل.. يلزمه تمام أجر المثل؛ كما أن الأب أو الوصي لو أجر منزل الصغير بدون أجر مثله.. يلزمه تمام أجر مثله؛ إذ ليس لكل منهما ولاية الحفظ على ما في نقد «الفتاوى».

وقال في «قاضي خان»: متولي الوقف أو الوصي إذا أجر مال الصغير أو الوقف بأقل من أجر مثله مما لا يتغابن فيه الناس. قال محمد بن الفضل: يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ عند بعض علمائنا، وعليه الفتوى.

قال: وعلى أصول أصحابنا: ينبغي أن يصير الأجر والمستأجر غاصباً.

ثُمَّ لَا تُنْقَضُ إِنْ زَادَتْ الْأَجْرَةُ لِكَثْرَةِ الرَّغْبَةِ.

فإنه ذكر في المزارعة: الوكيل يدفع الأرض مزارعة، إذا دفع الأرض مزارعة وشرط لصاحب الأرض شيئاً يسيراً لا يتغابن الناس في مثله.. يصير الوكيل غاصباً، وكذا المدفوع إليه.

إلا أن الخصاص قال: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل؛ إن لم تنقصها الزراعة.. يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، وإن نقصتها الزراعة.. ينظر إلى نقصان الأرض وإلى أجر المثل أيهما كان أكثر.. يجب ذلك للوقف والصغير.

(ثم لا تنقض) الإجارة التي كانت بأجر المثل (إن زادت الأجرة لكثرة الرغبة)؛ لأن العبرة لأجر المثل يوم العقد، لا ما زاد عليه بعده برغبة الناس.

قال في «قاضي خان»: المتولي إذا أجر حمام الوقف من رجل، ثم جاء آخرون وزادوا في أجرة الحمام، قالوا: إن كان حين أجر الحمام من الأول أجره مقدار مثله أو بنقصان [٧٧٣/ب] يسير يتغابن الناس في مثله.. فليس للمتولي أن يخرج الأول قبل انقضاء مدة الإجارة، وإن كانت الإجارة الأولى مما لا يتغابن فيه الناس.. تكون فاسدة، وله أن يؤجرها إجارة صحيحة؛ إما من الأول أو من غيره بأجر المثل أو بالزيادة على قدر ما يرضى به المستأجر.

وإن كانت الإجارة الأولى بأجر المثل، ثم زاد أجر مثله.. كان للمتولي أن يفسخ الإجارة، وما لم يفسخ.. يكون على المستأجر الأجر المسمى؛ لصحة الأول. كذا ذكره الطحاوي. انتهى.

هكذا ذكره في كتاب الإجارة، ثم ذكر في باب إجارة الوقف من كتاب الوقف، وقال: رجل استأجر أرض وقف ثلاث سنين بأجرة معلومة هي أجر مثلها، فلما دخلت السنة الثانية.. كثرت رغائب الناس فزاد أجر الأرض، قالوا: ليس للمتولي أن بنقصان الإجارة بنقصان أجر الأرض؛ لأن أجر المثل إنما تعتبر وقت العقد؛ فإذا كان المسمى أجر المثل.. فلا يعتبر التغيير بعد ذلك. انتهى.

فظهر منه: أن المتولي إذا أجر بأجر مثله، ثم زاد.. لا تفسخ الإجارة في مدتها لمجرد زيادة بعض الناس تعتاً.

أما لو أراد أجر مثله باختلاف الزمان وكثرة رغبة الناس.. ففيه روايتان:

ففي رواية الطحاوي: له أن يفسخ ويؤجر بأجر مثله الثاني لمن شاء.

وفي رواية غير الطحاوي: لا يفسخها في مدتها.. فكلام المصنف على هذه الرواية.

ثم ذكر مسألة تبنى على هذه الرواية: رجل استأجر أرضاً موقوفة وبني فيها حانوتاً، ثم جاء آخر وزاد في غلة الأرض، وأراد أن يخرج الباني من الحانوت.. ينظر؛ إن كان أجرة المتولي مشاهرة؛ فإذا جاء رأس الشهر.. كان للمتولي أن يفسخ الإجارة؛ لأنها إذا كانت مشاهرة.. يتجدد انعقادها عند رأس كل شهر. فإذا فسخ الإجارة:

إن كان رفع البناء لا يضر بالأرض.. فلصاحب البناء أن يرفع بناءه.

وإن كان رفع البناء يضر بالأرض.. ليس له أن يرفع البناء.

فبعد ذلك؛ إن رضي المستأجر أن يأخذ قيمة البناء ويترك البناء على المتولي.. كان للمتولي أن يدفع إليه القيمة، ينظر قيمة البناء مبنياً وإلى قيمته منزوعاً، أيهما كان أقل.. يتملكه المتولي بذلك، فيصير البناء وقفاً مع الأرض.

وإن كان رفع البناء يضر بالأرض وأبى المتولي أن يدفع إليه القيمة ويتملك البناء.. لا يجبر المتولي، بل يتربص صاحب البناء إلى أن يتخلص ماله شيئاً فشيئاً فيأخذه. انتهى.

هذا إذا لم يبنه الباني الموقوف، وإلا.. فيكون للوقف؛ لما ذكره في «قاضي خان»: رجل بنى في أرض الوقف بناء [٧٧٤/أ]، أو نصب باباً، إن نوى عند البناء أنه يبنى للوقف.. يصير وقفاً، وإن لم ينو.. لا يصير وقفاً.

وَلَيْسَ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَنْ يُؤَجَّرَ .....

حائط بين دارين إحدهما وقف، فانهدم الحائط، فبناه صاحب الدار في حدّ دار الوقف.. كان للقيم أن يأمره بالنقض؛ فإن أراد القيم أن يعطيه قيمة البناء ليكون البناء للوقف.. لا يكون له أن يجبره على أخذ القيمة، وكذا لو أعطاه قيمة البناء برضاه.. لا يجوز؛ لأنه لو جاز ذلك.. يضيع ما تحت البناء من دار الوقف.

وفي «الفصولين»: لو بنى المستأجر في الوقف بأمر المتولي على أن يرجع في غلة الوقف.. فالبناء للوقف ويرجع بما أنفق.

وفيه أيضاً في الفصل الثالث عشر: بنى المستأجر بإذن المتولي، فلمّا مضت المدة.. زاد في الأجرة للمستقبل، فرضي صاحب السكنى بالزيادة.. فهو أولى.

(وليس للموقوف عليه) - كالإمام والمؤذن والمدرّس - (أن يؤجر) الوقف؛ لأن حقهم إنما هو في الغلة لا في التصرف في عين الوقف، وفيه إشارة إلى أنهم لو استأجروا دار الوقف من المتولي.. جاز؛ كذا في «قاضي خان».

وفيه أيضاً: الموقوف عليه إذا أجر الوقف.. قال الفقيه أبو جعفر: في كلّ موضع يكون كلّ الأجر له بأن لم يكن الوقف محتاجاً إلى العمارة ولم يكن معه شريك في الوقف.. كان له أن يؤجر الدور والحوانيت.

وإن كان الوقف أرضاً:

إن كان الواقف شرط البداية بالخراج والعشر، وجعل للموقوف، وعليه ما فضل من العمارة والمؤنة.. لم يكن للموقوف عليه أن يؤجر؛ لأنه لما جازت إجارته.. كان جميع الأجر له بحكم العقد، فيفوت شرط الواقف.

ولو لم يكن للواقف شرط البداءة بما ذكرنا، فأجر الموقوف عليه الأرض، أو جعلها لنفسه.. ينبغي أن يجوز، ويكون الخراج والمؤنة عليه.

وكذا لو كان الموقوف عليهم في أرض الوقف اثنين أو ثلاثة فتهايؤوا، وأخذ كل واحد منهم أرضاً ليزرعها لنفسه.. لا يجوز.

إِلَّا بِإِنَابَةٍ، أَوْ وَلَايَةٍ.

وعن أبي يوسف: إن كانت الأرض عشرية.. جازت مهاياتهم، وإن كانت خراجية.. لا تجوز؛ لأن العادة في الأراضي الخراجية الموقفة أنهم يشترطون البداءة بالخراج، فلو جاز فيها التهاؤ.. لم يكن الخراج في الغلة، ويكون في ذمة الموقوف عليه، فكان فيه تغيير شرط الواقف. انتهى.

وذكر في كتاب الإجازات: رجل آجر منزلاً كان والده وقفه على أولاده أبداً ما تناسلوا، فأجره هذا الرجل إجارة طويلة، وأنفق المستأجر في عمارة هذا الوقف بأمر المؤجر.

قال أبو بكر محمد بن الفضل: إن لم يكن [٧٧٤/ب] للمؤجر ولاية في الوقف بأن لم يكن متولياً.. يكون المؤجر غاصباً، وكان له على المستأجر الأجر المسمى، ويتصدق به، ولا يرجع المستأجر بما أنفق في العمارة على الأجر، ولا على غيره؛ لأنه كان متطوعاً.

وإن كان المؤجر متولياً.. كان على المستأجر الأجر المسمى إن كان ذلك مقدار أجر المثل أو أكثر، ويرجع المستأجر في غلة الوقف بما أنفق في العمارة. انتهى.

فظهر منه: عدم جواز إيجار الموقوف عليه الوقف؛ سواء كان وقفاً على الأولاد، أو لا.

(إِلَّا بِإِنَابَةٍ أَوْ وَلَايَةٍ)؛ أي: التولية.

والمراد بالإنابة: الوكالة المطلقة، لا الدورية؛ لما ذكره في «قاضي خان» حيث قال.. وعن الفقيه أبي جعفر: أنه قال: احتال بعض الناس في زماننا أن يكتب في صك إجارة الوقف: إن الواقف وكل فلاناً بإجارة هذه الضيعة من فلان في كل سنة، ومتى ما أخرجه من الوكالة.. فهو وكيله، وأراد بذلك بقاء الوقف في يد المستأجر أكثر من سنة.

وَلَا يُعَارُ، وَلَا يُزْهَنُ.

قال الفقيه أبو جعفر: إلا أنا نبطل هذه الوكالة؛ كما نبطل الإجارة الطويلة؛ صيانة للوقف عن البطلان.

ثم في صحة هذه الوكالة الدورية اختلاف ذكره في «قاضي خان».

(ولا يعار) الوقف (ولا يرهن)؛ رعاية لحق الموقوف عليه؛ لأن فيهما إبطال حقه، فلو سكن المرتهن فيه.. يلزمه أجر المثل.

ولو سكن رجل، أو متولي دار الوقف بلا أجر.. قيل: لا شيء على الساكن.

وقيل: عليه أجر المثل، وعليه الفتوى، وكذا منافع مال اليتيم.

وفي «الظهيرية»: إذا أجر القيم دار الوقف من نفسه.. لا يجوز، وكذا لو أجر من عبده، أو مكاتبه.. لا يجوز؛ كما لو أجر من نفسه.

قيل: إنما لا يجوز إجارة القيم من نفسه على قياس الوكيل.

وقيل: ينبغي أن يكون هذا على قياس الوصي إذا باع مال الصبي من نفسه؛ إن

كان فيه منفعة للوقف.. يجوز عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

وإن أجر من أبيه أو من ابنه.. فهو على الاختلاف: عند أبي حنيفة: لا يجوز.

وعندهما: يجوز.

وفي «الخانية» متولي الوقف إذا تقبل أرض الوقف لنفسه من نفسه.. لا يجوز؛

لأن الواحد لا يتولى طرفي العقد، إلا إذا قبلها من القاضي لنفسه. فيتم العقد باثنين.

واعلم: أنّ الواحد لا يتولى طرفي العقد من الجانبين إلا في مسائل:

منها: إذا اشترى مال ولده الصغير لنفسه أو باع ماله من ولده.. فإنه يكفي بلفظ

واحد.

وقال خواهرزاده: هذا إذا أتى بلفظ يكون أصلاً في ذلك اللفظ بأن باع ماله

فقال: بعث هذا من ولدي.. فإنه يكتفى بقوله: بعث.



## وَأِنْ غُصِبَ عَقَارُهُ يَخْتَارُ وَجُوبَ الضَّمانِ

أما إذا أتى بلفظ لا يكون هو أصلاً في ذلك اللفظ؛ بأن أراد أن يبيع ماله من ولده، فقال: اشترت هذا لولدي.. لا يكتفى [٧٧٥/أ] بقوله: «اشترت»، ويحتاج إلى قوله: «بعت»، وهو في الوجهين يتولى العقد من الجانبين.

ومنها: الوصي إذا باع ماله من اليتيم، أو يشتري مال اليتيم لنفسه وكان خيراً لليتيم. ومنها: الوصي إذا اشترى مال اليتيم للقاضي بأمر القاضي. ومنها: العبد يشتري نفسه من مولاه بأمر المولى.

وفي «القنية»: دفع الإمام واحدة من دوره الموقوفة إلى وجهه إلى رجل مجاناً فسكن فيها مدة، وكان القيم سلم هذه الدار إليه ليستغلها بنفسه.. فعلى الساكن أجر المثل. وفي «الإسعاف»: وإن كان للوقف متول ومشرف.. لا يتصور في الغلة إلا المتولي؛ لأن المشرف مأمور بحفظ المال. وفي «قاضي خان»: لا يجوز للمتولي ولا لغيرهم من أهل المحلة: أن يرهن الوقف لا غير.

(وإن غصب عقاره أي: عقار الوقف (.. يختار وجوب الضمان).

وفي «البزازية» و«الفتوى» في غصب دور الوقف وعقاره: على الضمان كما في منافع، وكذا القيم.

والإمام ظهير الدين: أفتى بأجر المثل في الوقف لا في اليتيم.

ومن المشايخ من قال: إذا كان ضمان النقصان خيراً لليتيم من أجر المثل.. يلزم ذلك على الغاصب، وإلا.. أجر المثل.

وكذا قاله فيمن سكن داراً، أو حانوتاً لهما بعد الإجارة.. يجب خيرهما لليتيم والوقف.

وفي «المحيط»: الوصي، أو المتولي أجر منزل اليتيم أو الوقف بأنقص من أجر

مثله بما لا يتغابن فيه الناس على أصل المذهب - لا على الذي اختاره المتأخرون:- يصير المستأجر غاصباً.

وقد ذكرنا من «قاضي خان»: أن الفتوى على الذي اختاره المتأخرون من وجوب أجر المثل بالغاً ما بلغ، وهو قول محمد بن الفضل، وقد ذكرنا التفصيل فيه عن الخصاف، فارجع إليه.

وإذا استأجر الأب منزلاً لابنه الصغير بأقل من أجر المثل.. قال الإمام أبو علي السغدري قال بعض المشايخ: يجب أجر المثل في غصب دار اليتيم والوقف؛ فما ظنك في هذا؟

قال الإمام الفضلي: والذي صحّ عندي: أنه يصير غاصباً عند من يرى غصب الدار، ولا يصير عند من لا يرى غصبه، ويلزم عليه جميع المسمى على هذا المذهب بكلّ حال.

ومن سكن دار الوقف أو اليتيم بأهله وأتباعه.. فأجر المثل على الرجل المتبوع. رهن داراً لغيره، وهي معدة للاستغلال، فسكنها المرتهن.. لا يلزم الأجر؛ فإن السكنى بتأويل الملك كبيت سكنها أحد الشركاء بلا عقد.. لا يلزم الأجر، وإن كانت معدة للاستغلال. وكذا السكنى بتأويل العقد كعقد الرهن، لكن هذا في المعد للاستغلال لا في [٧٧٥/ب] مال اليتيم، ولا في الوقف.

وفي «البزاية»: والسكنى بتأويل ملك، أو عقد في الوقف.. لا تمنع لزوم أجر المثل.

وقيل: دار اليتيم كالوقف. واختار نجم الأئمة: الأول.

وفيها أيضاً: المتولي رهن الوقف بدين.. لا يصح. وكذا الجماعة.

فإن سكن المرتهن.. قيل: يجب أجر المثل؛ سواء كانت معدة للاستغلال، أو لا؛ نظراً للوقف، ولا تصير الدار معدة للاستغلال بالإجارة سنة، أو سنتين، أو أكثر، إلا إذا بناها لذلك، أو اشتراها لذلك.

ولو شرط الولاية لنفسه وَكَانَ خَائِئاً تَنْزَعُ مِنْهُ وَإِنْ أَنْ لَا تَنْزَعُ هُوَ الْفَضْلُ.

(ولو شرط) الواقف (الولاية لنفسه وكان خائئاً) للوقف (.. تَنْزَعُ مِنْهُ) صيانة للوقف.  
(وإن) - وصلية - شرط (أَنْ لَا تَنْزَعُ هُوَ الْفَضْلُ).  
وقد ذكرنا ما يتعلق به فيما سبق.

رجل طلب التولية في الأوقاف.. لا يعطى له التولية، وهو كمن طلب القضاء؛ فإنه لا يقلد.  
إذا مات المتولي مجهلاً مال الوقف، فهل يضمن أم لا؟  
ففي «الفتاوى»: إِنَّ النَّاظِرَ فِي الْوَقْفِ إِذَا مَاتَ مَجْهَلاً لِمَالِ الْوَقْفِ.. فإنه يضمن.  
وبه صرح في أمانات «الأشباه» أيضاً.

ومرادهم بمال الوقف: أصل مال الوقف، لا الغلة؛ لما صرح في وقف «قاضي خان»:  
متولي المسجد إذا أخذ من غلات المسجد ومات من غير بيان.. لا يكون ضامناً.  
وقال في أمانات «الأشباه»: النَّاظِرُ إِذَا مَاتَ مَجْهَلاً غَلَاتِ الْوَقْفِ.. لا يضمن.  
فعلم: أَنَّ الْمَضْمُونِ لِتَجْهِيلِ الْمَتَوَلِيِّ: أصل مال الوقف، لا غلته.  
وقال في «الفتاوى»: إذا عطل المتولي مال الوقف ولم يستريح، وأخذ هو من مال  
الوقف وظيفه التولية.. يضمن ما أخذه من مال الوقف في مدة تعطيله، ويرد إلى الوقف.  
ولا ضمان عليه بمجرد تعطيله عن الاسترباح ما لم يأخذ شيئاً من مال الوقف، ولم  
يضيع شيئاً منه.

سئلت عن مال موقوف كان في ذمة رجل عامله المتولي على الرجل سنة، ثم غاب  
الرجل سنين من غير معاملة، ثم بعد ذلك حضر ذلك الرجل وطلب منه ربح السنة التي لم  
يعامل فيها، فهل له أخذ الربح لتلك السنين؟  
أجبت: أنه لا يأخذه.

وإذا أعطى ذلك الرجل على المتولي دراهم أو دنائير بأن يقول: خذها لربح السنين  
الماضية بلا دور شرعي، ثم أراد أن يجعلها لأصل دينه للوقف.. أجبت: أنه لا يجعلها  
لذلك؛ لأنه تبرع للوقف. [١/٧٧٦]

## الفهرس

٧	كتاب السرقة
٣٣	فصل في الحرز
٥٠	باب في كيفية القطع وإثباته
٨١	باب قطع الطريق
١٠١	كتاب السير والجهاد
١١٨	باب الغنائم وقسمتها
١٣٣	فصل في كيفية قسمة الغنيمه
١٤٦	باب استيلاء الكفار
١٦٢	باب المستأمن
١٦٦	فصل
١٧٤	باب العشر والخراج
٢٠٤	فصل في الجزية
٢١٩	باب المرتد
٢٤٩	باب البغاة
٢٥٩	كتاب اللقيط
٢٦٧	كتاب اللقطة
٢٨١	كتاب الآبق
٢٩١	كتاب المفقود
٣٠١	كتاب الشركة
٣٤١	تتمه في فسخ الشركة
٣٤٢	فصل
٣٥٣	كتاب الوقف
٤٠٦	فصل في أحكام المسجد